

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Renata Fiori Puccetti

Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

SÃO PAULO
2010

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

Renata Fiori Puccetti

Infrações e sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos

MESTRADO EM DIREITO DO ESTADO

Dissertação apresentada à D. Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do título de
Mestre em Direito do Estado, área de concentração
Direito Administrativo, sob a orientação do
Professor Doutor Marcio Cammarosano

SÃO PAULO
2010

Banca Examinadora

DEDICATÓRIA

*À Thainá e à Beatriz,
minhas inesgotáveis fontes de força e motivação.
São as cores, a alegria e o orgulho da minha vida.*

Resumo

PUCETTI, Renata Fiori. *Infrações e Sanções administrativas aplicáveis aos particulares em licitações e contratos.*

O objetivo deste trabalho é fazer uma investigação do regime jurídico das infrações e sanções aplicáveis aos particulares, em matéria de licitações e contratos administrativos e abordar questões correlatas que abrangem a análise das infrações e sanções em espécie, previstas no ordenamento jurídico brasileiro, os pressupostos e procedimento para apuração e sancionamento, bem como conhecer-lhes as feições e extensão. São espécies de relação de sujeição especial, caracterizadas pelo vínculo de aproximação diferenciado, o que implica reconhecer-lhe regime jurídico diferenciado das relações de sujeição geral, dentro do Direito Administrativo Sancionador.

Palavras-chaves: Licitação – Contrato Administrativo – Infrações – Sanções

Abstract

PUCCETTI, Renata Fiori. *Infractions and Penalties applicable to private agents in public tenders and contracts.*

The paper concerns an investigation of the legal regime of infractions and penalties applicable to private agents in the subject-matter of public tenders and administrative contracts, and address questions related that comprise the analysis of the infractions and sanctions in species, existent in the Brazilian legal system, the presuppositions and procedures to the verification and sanctioning, as well as acquaint their aspects and extension. Are types of special relationship of submission, characterized by the bond of differentiated approximation, what entails to acknowledge its differentiated legal regime from ordinary relationship of submission, within the sanctioning administrative law.

Key words: Public tender; Administrative contract; Infractions; Penalties.

SUMÁRIO

Introdução	08
Capítulo I. Direito Administrativo Sancionador	10
1. O poder sancionatório do Estado.....	10
2. A independência e a interdependência das esferas sancionatórias	17
Capítulo II. As Relações de Sujeição Geral e de Sujeição Especial	23
1. Origem e evolução da noção	23
2. As concepções da doutrina brasileira	32
3. Nosso entendimento sobre o tema	36
4. A Participação em Licitações e em contratos administrativos como relação de sujeição especial	43
Capítulo III. O Regime Jurídico do Direito Administrativo Sancionador	45
1. Princípio da Legalidade	45
1.1. Considerações gerais	45
1.2. O princípio da legalidade nas relações de sujeição especial	48
2. Princípio da Tipicidade	56
3. Culpabilidade	65
4. Demais Princípios Incidentes.....	67
4.1. Devido Processo Legal	67
4.2. Ampla defesa e contraditório	69
4.3. Motivação	71
4.4. Verdade Material	72
4.5. Razoabilidade e Proporcionalidade	73
4.6. Presunção de inocência	76
4.7. <i>Non reformatio in pejus</i>	76
4.8. Controle judicial	78
4.8.1. Extensão	78
4.8.2. Controle judicial da discricionariedade	79
4.8.3. Controle judicial e presunção de legitimidade dos atos administrativos	82
4.9. Prescritibilidade	88
5. Excludentes da antijuridicidade e da sanção	92
Capítulo IV. A Função Integradora do Instrumento Convocatório nas Licitações e Contrato Administrativo.....	94
1. Considerações Gerais sobre licitação e contrato administrativo	94
2. O Instrumento Convocatório como ato normativo disciplinador da Licitação e sua força vinculante .	98
2.1. Perfil constitucional do regulamento na ordem jurídica brasileira	100
2.2. As outras competências normativas da Administração	111
2.3. Instrumento convocatório: norma geral e concreta	111
2.4. Relação entre lei, ato convocatório e contrato administrativo	114
Capítulo V. Infrações nas Licitações e Contratos Administrativos	116
1. Infrações consumáveis antes da celebração do contrato	116
1.1. Não manutenção da proposta	116
1.2. Recusa injustificada em assinar o contrato ou termo equivalente.....	120
1.3. Não entregar documentação exigida para o certame	124
1.4. Apresentação de documentação ou fazer declaração falsa.....	125
2. Infrações contratuais relacionadas à execução do objeto	129
2.1. Atraso injustificado	129
2.2. Inexecução parcial ou total	131
2.3. Falha ou fraude na execução do contrato	132
2.4. Ensejar o retardamento da execução de seu objeto (do certame ou do contrato?).....	133
2.5. Subcontratação e modificações societárias não admitidas no edital e no contrato.....	135
2.6. Não manutenção das condições de habilitação.....	135
3. Hipóteses de sancionamento por comportamentos ou eventos ocorridos antes ou depois da assinatura do contrato	136

3.1. Cometimento de fraude fiscal	138
3.2. Cometimento de ato ilícito visando a frustrar os objetivos da licitação	140
3.3. Comportamento inidôneo	141
3.3.1. A inidoneidade referida no art. 88, III, da Lei 8.666/93	142
3.3.2. O comportamento inidôneo referido no art. 7º, da lei 10.520/02	144
Capítulo VI. Sanções nas Licitações e Contratos Administrativos	146
1. Considerações iniciais.....	146
2. Sanções em espécie.....	147
2.1. Multa (Moratória e Compensatória)	147
2.2. Advertência	149
2.3. A suspensão temporária de participação em licitação e a declaração de inidoneidade da Lei 8.666/93.....	150
2.3.1. Conteúdo	151
2.3.2. Hipóteses de aplicação	151
2.3.3. Competência para aplicação	154
2.3.4. Extensão territorial.....	154
2.3.5. Extensão temporal: prazos e efeitos.....	158
2.4. Impedimento de participar de licitações e de contratar com o poder público (Lei 10.520/02)	161
3. Cumulação de sanções: hipóteses e limites	163
4. Sanções nas concessões de serviço público e de obra pública (Lei 8.987/95) e nas parcerias público-privadas (Lei 11.079/04)	165
Capítulo VII. Conclusões	166
Bibliografia	169

Introdução

O objetivo deste trabalho é fazer uma investigação do regime jurídico das infrações e sanções aplicáveis aos particulares, em matéria de licitações e contratos administrativos e abordar questões correlatas que abrangem a análise das infrações e sanções em espécie, previstas no ordenamento jurídico brasileiro, seus pressupostos e procedimento para apuração e sancionamento.

Para tanto, procuraremos identificar essas infrações e sanções dentro do panorama geral das infrações e sanções que integram o *jus puniendi* estatal, buscando uma base comum para as diversas manifestações da potestade sancionatória e reconhecer os diversos regimes jurídicos próprios de cada espécie de infração que justifiquem a identificação de um ilícito como penal ou administrativa ou civil.

Em outras palavras, iniciaremos nossa investigação a partir de noções mais amplas do *jus puniendi* estatal, justificado pela posição de superioridade do Estado em relação aos particulares em razão das incumbências que lhe são próprias, avançando para o estudo das relações especiais de sujeição do particular frente ao Estado e suas implicações em matéria de potestade sancionatória.

A dicotomia relação geral/relação especial de sujeição, embora seja vetusto tema, adquiriu novos contornos, merecendo nossa atenção porque opera importantes desdobramentos em matéria de infrações e sanções administrativas, tais como modulações específicas do princípio da legalidade e deslocamento do princípio da tipicidade legal para o da tipicidade infralegal.

Sempre atual é a discussão acerca da incidência do princípio da tipicidade nesse âmbito de ilícito, merecendo a atenção da doutrina nacional e estrangeira. Nas últimas décadas, voltado suas atenções para as infrações e sanções administrativas, sobretudo, nas relacionadas às relações de sujeição geral.

Especificamente nas licitações e contratos administrativos, procuraremos demonstrar que a peculiaridade do instituto da licitação, tal como delineado nos mesmos

diplomas legais em que estão consignadas as infrações e sanções, remete ao órgão ou ente licitador, a competência de expedir instrumentos convocatórios, atos normativos que têm a finalidade de dar concretude aos comandos legais em caráter complementar e particularizado, com a importante incumbência de estabelecer, em cada caso, os pressupostos de aplicação das sanções legalmente previstas, bem como descrever, com maior densidade, comportamentos reprováveis.

Dando continuidade na investigação da anatomia das infrações e sanções em licitações e contratos administrativos, também analisaremos cada comportamento e cada sanção em espécie, identificando-lhes a natureza, características e extensão (temporal e territorial), assim como os aspectos procedimentais, causas de justificação, prescrição e controle jurisdicional.

Capítulo I - Direito Administrativo Sancionador

1. O Poder Sancionatório do Estado

O *jus puniendi* estatal funda-se na posição de superioridade do Estado, tanto no mister de organizar a vida em sociedade, como nas relações jurídicas travadas com particulares, sejam elas de natureza contratual ou não.

A harmonia da vida social depende da existência de normas guarnecidas de força coercitiva, sob pena de torná-las inócuas, dada a inquieta natureza humana.

Discute-se se é possível afirmar a exclusividade estatal da competência punitiva e há uma fonte única constitucional de uma genérica prerrogativa para aplicar sanções, a partir da identificação de um regime jurídico comum, de modo que as diversas modalidades de infrações e sanções possam ser consideradas espécies de um único gênero.

Quanto ao primeiro ponto, isto é, quanto à afirmação de que o *jus puniendi* seria uma prerrogativa exclusiva do Estado, a questão não chega a levantar fecundas discussões porque não resiste a um primeiro e imediato argumento em sentido contrário: a ampla presença de sanções nos mais diversos ramos do direito, inclusive no direito privado, v.g., as multas previstas em contratos firmados entre particulares.

Rafael Munhoz de Mello classifica as sanções previstas na ordem jurídica como sanções retributivas e ressarcitórias, afirmando que embora ambas tenham a mesma natureza de consequência negativa que decorre da inobservância de um dever jurídico, as primeiras visam à pessoa do infrator com finalidade preventiva e as segundas têm, como referência, a pessoa que sofreu o dano, decorrendo da violação do dever legal de não causar danos a terceiros¹. E prossegue dizendo que “a sanção retributiva é a típica sanção estatal”²⁻³

¹ MELLO, Rafael Munhoz de. *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*, São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 75-79.

² MELLO, Rafael Munhoz de, *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*, p. 79.

³ A jurisprudência, pelo enfoque da finalidade das sanções, não destoia desse entendimento, conforme se extrai do seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO E CONSUMERISTA. RETENÇÃO DE DOCUMENTOS PARA MATRÍCULA. IMPOSIÇÃO DE MULTA POR DESCUMPRIMENTO DA ALÍNEA K, DO ART. 11, DA LEI DELEGADA N.º 4, DE 26.9.1962. POSTERIOR TRANSAÇÃO CIVIL ENTRE A INSTITUIÇÃO DE ENSINO E O DISCENTE. ANULAÇÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE.

Não conhecemos dissenso acerca da possibilidade de constatação de infrações e sanções de diferentes naturezas, conforme o regime jurídico que lhe é aplicável; não se podendo afirmar o mesmo, contudo, em relação à existência ou não de uma matriz comum a todas elas, além do fato de descenderem do *jus puniendi* estatal.

Quanto a este ponto, isto é, quanto a uma suposta unidade do *jus puniendi* estatal, tal entendimento deriva da constatação da inexistência de diferença ontológica entre os ilícitos considerados penais ou administrativos, ou como assevera Nelson Hungria, “*a ilicitude é uma só, do mesmo modo que um só, na sua essência, é o dever jurídico,*”⁴ entendimento compartilhado por diversos autores, como Heraldo Garcia Vitta, para quem os ilícitos penal,

ART. 56 DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - CDC. 1. A composição civil entre o consumidor e o fornecedor e/ou prestador de serviços, ainda que realizada em juízo, não tem o condão de afastar a imposição de penalidade de multa, aplicada por órgão de proteção e defesa do consumidor, no exercício do poder sancionatório do Estado. 2. É que “a multa prevista no art. 56 do CDC não visa à reparação do dano sofrido pelo consumidor, mas sim à punição pela infração às normas que tutelam as relações de consumo”. (RMS 21.520/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 08/08/2006, DJ 17/08/2006 p. 313) 3. O poder sancionatório do Estado pressupõe obediência ao princípio da legalidade, e a sua ratio essendi é “desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigações. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade”. (Celso Antônio Bandeira de Mello, in “Curso de Direito Administrativo”, 22.^a Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 2007, págs. 814/815.) 4. No mesmo sentido, o escólio de Marçal Justen Filho, verbis: “A sanção administrativa pode ser considerada como manifestação do poder de polícia. A atividade de poder de polícia traduz-se na apuração da ocorrência de infrações a deveres da mais diversa ordem, impondo à Administração o dever-poder de promover a apuração do ilícito e a imposição da punição correspondente. Portanto, a criação de deveres administrativos não é manifestação necessária do poder de polícia, mas a apuração da ocorrência do ilícito e o sancionamento daí derivado correspondem ao exercício da competência de polícia administrativa”. (in “Curso de Direito Administrativo”, 4.^a Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 2009, pág. 506.) 5. In casu, a entidade de ensino, após lavratura de auto de infração e abertura de processo administrativo, em que foi garantido ampla defesa e contraditório, foi penalizada com a aplicação de multa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em 22.7.1997 (fl. 53), por infração tipificada na alínea k, do artigo 11, da Lei Delegada n.º 4, de 26.9.1962, com redação dada pela Lei n.º 7.784, de 28.6.1989. Dessa sorte, em que pese a composição civil efetivada em juízo entre os discentes e a instituição, essa não é suficiente para ilidir a presunção de legitimidade da multa aplicada. 6. A título de argumento *obiter dictum*, impõe-se considerar que a conduta imputada à instituição de ensino configura infração tipificada no artigo 6.º, da Lei n.º 9.870, de 23.11.1999, de seguinte teor: “São proibidas a suspensão de provas escolares, a retenção de documentos escolares ou a aplicação de quaisquer outras penalidades pedagógicas por motivo de inadimplemento, sujeitando-se o contratante, no que couber, às sanções legais e administrativas, compatíveis com o Código de Defesa do Consumidor, e com os arts. 177 e 1.092 do Código Civil Brasileiro, caso a inadimplência perdure por mais de noventa dias”. 7. Recurso especial parcialmente conhecido e provido, para restabelecer a sentença. (REsp 1164146/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 16/03/2010).

⁴ HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica*, Rio de Janeiro, p. 15-21, 1945-1995, p.15.

administrativo e civil “fazem parte do instituto jurídico determinado: os ilícitos jurídicos⁵” e acrescenta:

As diferenças existentes entre os ilícitos penal, administrativo e civil constituem manifestações de um mesmo conceito, que não é próprio desta ou daquela disciplina, antes compreende todos os tipos de ilícitos do ordenamento. Trata-se de conceito lógico-jurídico, de validade universal. O conceito de ilícito não decorre deste ou daquele ordenamento jurídico, não é conceito jurídico positivo; aplica-se a todos, independentemente do lugar e do tempo em que tiverem vigência.⁶

Cumpre-nos, portanto, investigar tal questão, verificando se a disseminada identidade ontológica autoriza a conclusão pela unidade do *jus puniendi* estatal e se é possível a construção de um supraconceito que abranja indistintamente todo e qualquer ilícito sancionável pelo Estado.

Parace-nos que a resposta é negativa para ambas as questões.

Diversos autores procurarem identificar uma diferença essencial, ontológica entre os ilícitos penais e administrativos – que sempre provocaram os holofotes e polarizaram a discussão – procurando uma peculiaridade intrínseca determinará a natureza de um ilícito⁷.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello assevera que não se confundem a sanção administrativa e a penal e explica:

Esta (sanção penal) visa a punir atos contrários aos interesses sociais, e aquela (sanção administrativa) aos da atividade administrativa. A distinção está no fundamento da responsabilidade, tendo em vista o bem jurídico ofendido. Dada a diversidade do fundamento jurídico da punição, pode o infrator se sujeitar a ambas sem que ocorra bis in idem, levadas a efeito por órgãos distintos: da Administração Pública e do Poder Judiciário.⁸

O autor prossegue, no entanto, infirmando a tese de que um dado comportamento será crime ou infração administrativa por mera questão de escolha do legislador. Para ele, existe uma zona-limite para a separação entre os atos considerados de ilícito administrativo e

⁵ VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 30.

⁶ VITTA, Heraldo Garcia, *A sanção no direito administrativo*, p. 30.

⁷ Atualmente, a questão torna-se ainda mais interessante, pois um mesmo comportamento pode ser considerado crime, infração administrativa e ato de improbidade, modalidade de ilícito, considerado como infração civil por alguns, e como ilícito *sui generis* e, portanto, como modalidade própria, ao lado das penais, administrativas e civis.

⁸ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios gerais de direito administrativo*. 3ª ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 570.

penal, reconhecendo que não há como se confundir um delito penal que ofende a segurança social, individual ou viola os direitos da personalidade humana ou seu patrimônio, com infrações administrativas, mas, tal diferenciação não ocorre entre as contravenções penais e infrações administrativas⁹.

Muito embora pareça evidente que um homicídio ou um seqüestro “devam ser” considerados como ilícitos penais (e o são, não em essência, mas sim existencialmente no direito positivo) e que estacionar o carro em local proibido “deva ser” considerado como ilícito administrativo (e também o é, pelas mesmas razões), não existe uma linha, uma fronteira certa que separe, em razão da essência, uma infração da outra, senão justamente o bem jurídico protegido e seu grau de importância na ordem jurídica.

Parece-nos, plausível, considerar um reduto próprio e natural do direito penal, para comportamentos que violem certos bens jurídicos, como, por exemplo, vida, dignidade sexual, liberdade individual e família. Teríamos, assim, uma reserva própria para os ilícitos penais.

Todavia, o mesmo raciocínio parece não servir às infrações administrativas, pois, ainda que se professem como bens jurídicos protegidos o interesse público ou a harmonia social, não se poderá retirar tais bens ou determinados conteúdos axiológicos da proteção penal.

Quanto ao grau de importância do bem jurídico protegido, as teses que procuram distinguir um ilícito penal de um administrativo pela gravidade da ofensa a reclamar uma resposta mais ou menos severa de acordo com essa gravidade, não resistem a duas críticas.

A primeira é que dentro do próprio direito penal há uma inversão ou distorção de valores, v.g., alguns crimes contra o patrimônio reprimidos com penas mais severas do que crimes contra a vida e há sanções administrativas e de outras espécies, como as de improbidade, que são evidentemente mais severas do que algumas sanções penais. É o que Fábio Medina Osório reputa como distorções axiológicas, que podem incidir tanto na tipificação dos ilícitos, como na cominação das sanções.¹⁰

⁹ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 570.

¹⁰ OSÓRIO, Fabio Media. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 192.

A segunda crítica reside na inegável constatação de que uma conduta pode, simultaneamente ser tipificada como crime na legislação penal e como infração administrativa ou de improbidade.

Assim é que, a busca por uma diferenciação essencial entre as modalidades de ilícitos revela-se inglória e inoperante. Disto, não se conclui, todavia, que um determinado comportamento será crime ou será infração administrativa a critério livre do legislador, por assistir razão a Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, quando menciona a zona-limite.

Daniel Ferreira, parece-nos, perfilhou o entendimento do clássico mestre e acrescentou:

É preciso, então, perceber e assimilar esses dois ramos didaticamente autônomos quase que sem autonomia, fazendo de um o especial companheiro do outro. Mas não simbioticamente, porque podem existir ‘peculiares hipóteses’ que exijam isolamento – e como *conditio sine qua non* de (constitucional) sobrevivência de ambos.

V.g. para um assassinato, a pena de prisão; para um estacionamento irregular, a multa. Apenas. Não há constitucional espaço para as duas previsões e nem para a inversão de pautas ou de prioridades, quanto mais à guisa de liberdade legislativa.¹¹

Ainda no aspecto ontológico, Alejandro Nieto, com propriedade, adverte que a carência de diferença ontológica se refere à natureza ou essência dos ilícitos, ou seja, se se tratam de ilícitos idênticos ou não distintos. E afirma que se isto é claro, não o é a verificação se essa natureza é normativa ou não normativa.¹²

Nas palavras do autor, os ilícitos podem ser considerados como figuras reais que existem com independência das normas ou como meras criações destas.¹³ E isso remete ao objeto de interesse do jurista: para o autor, não interessam as questões relacionadas à natureza jurídica – muito menos a natureza não jurídica – das figuras que maneja, exceto seu regime jurídico, já que seu trabalho consiste em precisar o regime legal aplicável aos conflitos sociais que se submetem à sua consideração¹⁴.

¹¹ FERREIRA, Daniel. *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Fórum, 2009, p. 187.

¹² NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2006, p. 153.

¹³ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, p. 153.

¹⁴ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, p. 153.

Sob tal premissa, transportamos a questão da ontologia para o plano formal, isto é, para a verificação do regime jurídico aplicável. Pelo critério formal, as diferenças dos regimes sancionatórios aparecem aos borbotões, razão pela qual, esse critério se apresenta como o único adequado a diferenciar um ilícito penal de um administrativo ou de um civil.

Mais que adequado, a identificação do regime jurídico extraível de cada espécie ou modalidade que deve abranger o bloco de princípios e regras incidentes sobre tais é critério útil para a identificação das diversas modalidades de infrações e sanções, assim como o é para a classificação dos mais variados institutos do Direito e até do próprio Direito.

Assim, emergem as diferenças entre um ilícito penal e um administrativo: a) pela autoridade competente para aplicar a correspondente sanção: no primeiro caso, a autoridade judicial e no segundo, a administrativa; b) pela natureza do processo de apuração dos fatos e das responsabilidades, sendo processo judicial regido pelo Código de Processo Penal ou processo administrativo, regido por leis esparsas gerais ou específicas, dependendo da natureza da infração administrativa; c) pela ampla possibilidade de cometimento de infração administrativa por pessoas jurídicas; d) pela presença diferenciada e flexibilizada do elemento subjetivo nas infrações penais e nas administrativas; e) pela modulação própria dos princípios constitucionais incidente sobre os ilícitos penais e os administrativos; f) pelo caráter de definitividade da decisão que aplica a sanção: as sanções penais são dotadas da força da coisa julgada e as sanções administrativas não, estando, pois, sujeitas a controle judicial.

Todos os elementos acima indicados, sem prejuízo de outros, indicam a existência de regimes jurídicos diferenciados para os ilícitos ontologicamente indistintos, o que dificulta a concepção de um supraconceito, conforme observado por Eduardo Rocha Dias:

O artifício teórico de remeter uma e outra a um supraconceito unificador, o *jus puniendi* uno do Estado, encontra ressonância na prática, à medida que o legislador imprime um regime jurídico específico para cada uma de tais competências.¹⁵

¹⁵ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997. p. 28-29.

Para que fique claro o que entendemos por supraconceito, adotamos a posição de Alejandro Nieto, para quem “a um supraconceito se chega ordinariamente quando se constata que vários de seus elementos são iguais”¹⁶.

As teorias da unidade do *jus puniendi* tem suas razões históricas, pois as garantias advindas com a implementação do Estado de Direito operaram importantes alterações nas relações entre a Administração e os indivíduos e houve um reclamo para a adoção de toda a principiologia, dantes restrita ao Direito Penal, pelo Direito Administrativo, o que propiciou a teoria de um Direito Penal Administrativo.

Todavia, a sedimentação das garantias inerentes à noção do próprio Estado de Direito, sobretudo da submissão do Estado ao princípio da legalidade e o desenvolvimento da noção de função administrativa, propiciaram o amadurecimento das teorias e fizeram surgir o que se concebe por Direito Administrativo Sancionador¹⁷, erigido sem emprestar elementos de outros ramos do Direito.

Portanto, ainda que ecoem vozes em defesa da unidade do *jus puniendi* estatal, a evolução do Direito Administrativo, especialmente em matéria de infrações e sanções acaba por rechaçar tal idéia.

O reconhecimento dos vários regimes jurídicos incidentes sobre os atos ilícitos não impede que se encontrem alguns pontos de coincidência de princípios e de limites à atividade sancionatória estatal, em razão da matriz comum constitucional.

Nesse sentido, assentimos com Rafael Munhoz de Mello quando afirma que princípios como o da legalidade, irretroatividade (ou anterioridade), *non bis in idem*, segurança jurídica, proibição de excesso, muito embora extraíveis do texto constitucional em dispositivos que fazem referência ao direito penal, não são exclusivos desse ramo do direito, pois decorrem do princípio fundamental do Estado de Direito, carecendo, até mesmo, de

¹⁶ NIETO NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, p. 152.

¹⁷ Sobre o Direito Administrativo Sancionador, confirmam-se importantes obras nacionais e estrangeiras, representando as primeiras a de Fábio Medina Osório e as segundas, a de Alejandro Nieto, ambas frequentemente citadas neste trabalho.

expressa disposição. Para o autor, são princípios que regem toda manifestação do poder punitivo estatal.¹⁸

Com esse entendimento, afirmamos que, ao Direito Administrativo Sancionador, não se aplicam os “princípios do Direito Penal ou Processual Penal”, porque o que se aplica, em verdade, são princípios constitucionais derivados da noção de Estado de Direito, que não “pertencem”, muito menos “exclusivamente” a um determinado ramo do Direito¹⁹.

No âmbito do Direito Administrativo sancionador, conquanto integrante do *jus puniendi* estatal, ainda é possível identificar feições diferenciadas de regime jurídico, sobretudo quando se trata das relações gerais ou especiais de sujeição do particular frente ao Estado²⁰, interessando, particularmente para este trabalho, as segundas e, ainda mais especificamente, nos procedimentos licitatórios e contratos administrativos.

2. A independência e a interdependência das esferas sancionatórias

Cediço que um mesmo comportamento pode, simultaneamente, caracterizar uma infração administrativa e uma infração penal. A independência dos dois ramos do direito, independência esta de caráter normativo, detectada pela diferenciação de regimes jurídicos, implica na possibilidade de sancionamento do infrator nas duas esferas²¹.

¹⁸ MELLO, Rafael Munhoz. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.,p. 101-105.

¹⁹ Nossa posição diverge, pois, da professada pela saudosa Lucia Valle Figueiredo e pelo não menos respeitável Marçal Justen Filho ao lecionarem que se aplicam aos procedimentos sancionatórios administrativos, os princípios “do Processo Penal”. Conquanto ambos sejam sancionatórios, têm, como dito, sua autonomia e raiz constitucional.

²⁰ Assento que, dada à sua relevância para o tema de nosso estudo, é objeto de capítulo específico (Capítulo II).

²¹ Sobre a independência das esferas sancionatórias, confira-se recente julgado:
ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROCESSO DISCIPLINAR. SUSPENSÃO POR 180 DIAS. APLICAÇÃO, POR ANALOGIA, DO ART. 71 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. INDEPENDÊNCIA ENTRE AS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO PENAL AO PROCESSO ADMINISTRATIVO. RESTRITA AOS ILÍCITOS ADMINISTRATIVOS TIPIFICADOS COMO CRIME. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E PROPORCIONALIDADE. INEXISTENTE. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça possui entendimento segundo o qual são independentes as esferas administrativa e penal. 2. Incabível a incidência, por analogia, da regra do crime continuado, prevista no art. 71 do Código Penal, porque a aplicação da legislação penal ao processo administrativo restringe-se aos ilícitos que, cometidos por servidores, possuam também tipificação criminal. 3. Não ultrapassado o limite de 60 (sessenta) dias de suspensão, conforme o previsto no art. 351, inciso IV, do Estatuto dos Servidores Públicos do Poder Judiciário do Estado do Mato Grosso do Sul, se considerada cada infração cometida, e, portanto, a penalidade não é de ser julgada excessiva ou apartada da

A responsabilização do infrator por um mesmo comportamento pode, ainda, ser estendida ao campo civil, seja pelo dever de reparar eventual dano, seja pela disciplina da improbidade administrativa.

Hely Lopes Meirelles ensina que “*os servidores públicos, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las podem cometer infrações de três ordens: administrativa, civil ou criminal. Por essas infrações deverão ser responsabilizados no âmbito interno da Administração e perante a Justiça comum.*”²²

Cada âmbito de responsabilização pode ser exercitado autonomamente²³, pois um não absorve ou exclui o outro. Embora prevaleça a autonomia e independência²⁴, há algumas conexões entre as esferas sancionatórias, o que podemos chamar de zona de interdependência²⁵.

realidade que exsurgiu do processo administrativo disciplinar. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento. (RMS 19.853/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/12/2009, DJe 08/02/2010)

²² MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 411.

²³ Vide, por exemplo, expressa disposição da Lei 8.112/90: Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

²⁴ Sobre o assunto, vide os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR - COMPETÊNCIA - INSTAURAÇÃO DA AÇÃO DISCIPLINAR E APLICAÇÃO DA PENA - DELEGAÇÃO - LEGALIDADE - ANULAÇÃO DE ATO PROCESSUAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - PREJUÍZO - PROCESSO CRIMINAL - SUSPENSÃO CONDICIONAL - SOBRESTAMENTO DO FEITO ADMINISTRATIVO - DESNECESSIDADE - INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL - PRECEDENTES - RECURSO DESPROVIDO. I - Nos termos do art. 312 c/c o art. 328 da Lei 10.460/88 (Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado de Goiás) o Diretor-Geral da Polícia Civil daquele Estado, como Chefe de Unidade Administrativa, detém competência para determinar a abertura de ação disciplinar, bem como ao Secretário de Segurança Pública e Justiça foram delegados poderes para impor pena de demissão. II - Aplicável à espécie o princípio do "pas de nullité sans grief", tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso. III - A independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, mesmo que a conduta imputada configure crime in tunc. Somente em face da negativa de autoria ou inexistência do fato, a sentença criminal produzirá efeitos na seara administrativa, sendo certo que a eventual extinção da punibilidade na esfera criminal - in casu pela suspensão condicional do processo - não obsta a aplicação da punição na esfera administrativa. Precedentes. IV - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. V - Recurso conhecido e desprovido. (RMS 18.188/GO, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2006, DJ 29/05/2006 p. 267)

²⁵ Sobre a interdependência das esferas sancionatórias, confirmam-se os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INEXISTÊNCIA. CONCLUSÃO LÓGICO-SISTEMÁTICA ADOTADA PELO DECISUM. SERVIDORES PÚBLICOS. ESTADUAIS. DEMISSÃO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. PORTARIA INAUGURAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO DA PORTARIA DE

DEMISSÃO. ACOLHIMENTO DO PARECER DA CONSULTORIA JURÍDICA. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ADMINISTRATIVA. OCORRÊNCIA. INTERRUÇÃO DO PRAZO. INAPLICABILIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DOS PRAZOS ADMINISTRATIVOS PREVISTOS NA LEI COMPLEMENTAR Nº 207/79. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Descabida a alegação de ausência de fundamentação do julgamento proferido pelo Eg. Tribunal de origem, quando a matéria trazida à baila restou apreciada pela instância a quo. Ademais, compete ao magistrado fundamentar todas as suas decisões, de modo a robustecê-las, bem como afastar qualquer dúvida quanto a motivação tomada, tudo em respeito ao disposto no artigo 93, IX da Carta Magna de 1988. Cumpre destacar que deve ser considerada a conclusão lógico-sistemática adotada pelo decisor, como ocorre in casu. Precedentes. II - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime in se. III - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. IV - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a portaria de instauração do processo disciplinar prescinde de minuciosa descrição dos fatos imputados. Aplicável o princípio do "pas de nullité sans grief", pois a nulidade de ato processual exige a respectiva comprovação de prejuízo. In casu, os servidores tiveram pleno conhecimento dos motivos ensejadores da instauração do processo disciplinar. Houve, também, farta comprovação do respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, ocasião em que os indiciados puderam apresentar defesa escrita e produzir provas. V - A pretensa ilegalidade consubstanciada no indeferimento de juntada de documentos relevantes para o deslinde da questão não subsiste. Os recorrentes não apresentaram subsídios capazes de permitir uma eficaz análise do contexto fático sobre o qual repousa a lide, impossibilitando a avaliação da procedência de tais alegações. Afinal, mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade. VI - Estando a autoridade administrativa de acordo com o parecer de sua Consultoria Jurídica acolhendo-o e se este se encontra suficientemente fundamentado, não há qualquer vício no ato demissionário por falta de motivação. Precedentes. VII - Nos termos do art. 80 da Lei Complementar nº 207/79, a ação disciplinar, quanto às infrações puníveis com demissão a bem do serviço público, prescreve em cinco anos, iniciando-se o prazo a partir da data em que a autoridade competente tomar conhecimento das irregularidades praticadas pelo servidor. Com a instauração o processo administrativo disciplinar, o curso da prescrição interrompe-se. Ultrapassado o período relativo à conclusão e decisão no processo disciplinar o prazo prescricional volta a ter curso por inteiro, a partir do fato interruptivo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e desta Corte. VIII - Na presente hipótese, a autoridade competente tomou conhecimento das irregularidades praticadas pelos servidores aos 16 de setembro de 1992, iniciando-se, a partir de então o prazo prescricional da ação disciplinar. Aos 09 de novembro do mesmo ano foi instaurado o processo administrativo disciplinar, havendo, portanto, a interrupção da prescrição, que recomeçou a correr após o período relativo à conclusão e decisão no processo administrativo disciplinar - 26 de maio de 1993. Aos 19 de maio de 1994 houve aditamento à Portaria de instauração do processo, com nova interrupção do prazo prescricional, que voltou a ter curso a partir de 04 de dezembro de 1994. Registre-se que a ação disciplinar em comento prescreve em cinco anos, nos moldes do art. 80, III da Lei Complementar nº 207/79, motivo pelo qual a pretensão punitiva da Administração prescreveu aos 04 de dezembro de 1999, sendo certo que a Portaria de demissão dos impetrantes foi publicada somente em 31 de dezembro de 1999, quando já havia ocorrido a prescrição da pretensão punitiva da Administração. IX - Consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a mera presença de indícios de crime, sem a devida apuração criminal, afasta a aplicação da legislação penal para o cômputo da prescrição, devendo ser aplicados os prazos administrativos. Precedentes. Na presente hipótese, não obstante os crimes tenham sido objeto de apuração em ação penal, os impetrantes foram absolvidos, ante a ausência de provas suficientes para a eventual condenação. X - Cometida a infração, o direito abstrato de punir do ente administrativo convola-se em concreto. Fica instituída uma relação jurídico-punitiva. Todavia, o jus puniendi só pode ser exercido dentro do prazo prescrito em lei. In casu, deixou-se escapar a possibilidade de demitir os servidores, restando configurada a adoção de postura ilegal por parte da própria Administração, a fim de minorar os efeitos de sua própria desídia ao não exercer um poder-dever. XI - Recurso conhecido e parcialmente provido para reconhecer a prescrição da ação disciplinar e determinar a reintegração dos recorrentes.

Possível colher-se, da ordem jurídica brasileira, pontos de comunicação entre as esferas de responsabilização.

A sentença condenatória penal é título executivo na esfera cível, conforme dispõe o art. 63²⁶, do Código Penal Brasileiro, ou seja, o indivíduo munido de uma sentença proferida pela justiça penal não precisa ingressar com ação de conhecimento na justiça cível, sendo-lhe assegurada a ação executiva visando à reparação do dano decorrente de um delito.

No caso de o ajuizamento da ação de conhecimento ser anterior ao da sentença condenatória penal, o juiz cível poderá suspender o processo até que seja proferida a decisão na esfera penal, conforme dicção do art. 64, parágrafo único²⁷, do mesmo Código Penal.

O mesmo diploma penal determina que o reconhecimento, pelo juízo criminal, de que o ato típico fora praticado em estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular do direito irradia efeitos na esfera cível, conforme dispõe o art. 65²⁸.

RESP - ADMINISTRATIVO - PENAL - JURISDIÇÃO - SERVIDOR - SANÇÃO - A JURISDIÇÃO PENAL PREVALECE RELATIVAMENTE A ORDEM ADMINISTRATIVA. REPERCUTE DE MODO ABSOLUTO QUANDO O PROCESSO PENAL ABSOLVE O REU, AO FUNDAMENTO DE INEXISTÊNCIA DO FATO, OU DE AUTORIA. NOS DEMAIS CASOS, INTERCOMUNICAM-SE NESSE LIMITE, A SANÇÃO ADMINISTRATIVA E INCENSURAVEL. SUM. 18/STF. (REsp 55.362/BA, Rel. Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/1996, DJ 17/03/1997 p. 7558) PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime em tese. II - O mandado de segurança é ação constitucionalizada instituída para proteger direito líquido e certo, sempre que alguém sofrer violação ou houver justo receio de sofrê-la por ilegalidade ou abuso de poder, exigindo-se prova pré-constituída como condição essencial à verificação da pretensa ilegalidade. III - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. IV - Recurso conhecido e desprovido. (RMS 16.981/SP, Rel. Ministro GILSON DIPP, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2004, DJ 17/05/2004 p. 245)

²⁶ Art. 63. Transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros.

²⁷ Art. 64. Sem prejuízo do disposto no artigo anterior, a ação para ressarcimento do dano poderá ser proposta no juízo cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil. Parágrafo único. Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o curso desta, até o julgamento definitivo daquela.

²⁸ Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

Muito embora o texto legal não faça alusão à esfera administrativa, temos para nós que também há a interferência da decisão penal, nas hipóteses do art. 65, para afastar a infração administrativa.

Ainda sobre a influência do direito penal em outras esferas, pela exegese dos artigos 66²⁹ e 67³⁰, combinados com o art. 126³¹, da Lei 8.112/90³² e art. 935³³, do Código Civil, verifica-se que a sentença absolutória proferida pelo juízo criminal lastreada na inexistência material do fato, ou da autoria do fato irradia efeitos nas esferas cível e administrativa.

Em outras palavras, se o indivíduo é acusado da prática de conduta tipificada como crime ou contravenção e infração administrativa, mas, após regular trâmite de processo penal ficar reconhecida a inexistência do fato ou da autoria, culminando na absolvição do acusado, a decisão judicial prepondera sobre as demais instâncias, vinculando a Administração a decidir pela absolvição no processo administrativo, o mesmo ocorrendo para fins de responsabilidade civil.

Inexiste tal consequência quando a absolvição se der por insuficiência de provas, pelo reconhecimento de que o fato não configura crime ou por ter-se operado a prescrição. A insuficiência de provas no processo penal não conduz à mesma insuficiência no âmbito administrativo, de modo que, se no processo administrativo as provas produzidas forem suficientes para autorizar a aplicação da sanção, assim deverá ocorrer. Com relação à inexistência de crime, é evidente que tal fato não tem o condão de afastar, por si, a ocorrência de infração administrativa³⁴. Por fim, com relação à prescrição, é importante salientar que os

²⁹ Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

³⁰ Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

II-a decisão que julgar extinta a punibilidade;

III-a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

³¹ Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

³² Estatuto dos Servidores Públicos Federais

³³ Art. 935 – A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

³⁴ Nesse sentido, vide os seguintes julgados:

SENTENÇA QUE, ABSOLVENDO DO CRIME O RÉU, ORDENOU NÃO SE FORNECESSE CERTIDÃO ONDE APENAS ISSO CONSTASSE MAS SIM A SENTENÇA INTEIRA OU AO MENOS SUA PARTE DISPOSITIVA, NA QUAL O JUIZ DECLARAVA ABSOLVER O RÉU POR FALTA DE PROVAS

prazos prescricionais e a própria sistemática de prescrição podem ser estabelecidos de maneiras diferentes nos diplomas normativos penal e administrativo.

Constata-se que, de uma maneira geral, a decisão proferida na esfera penal – em hipóteses determinadas - prevalece sobre as demais, não havendo hipóteses, na ordem jurídica brasileira, do efeito inverso, ou seja, de interferência ou prevalência de uma decisão administrativa ou cível sobre a esfera penal ou daquelas entre si.

A precedência da esfera penal tem uma razão: é considerada a *última ratio*, é decidida por autoridade imparcial e equidistante das partes, movida pela busca da verdade real (o que aqui difere o processo penal do processo civil, presidido pelo princípio da verdade formal) e, por isso, deve ser aplicada em matéria de infrações e sanções administrativas em geral, nas derivadas de licitações e contratos administrativos, não sendo restrita apenas às infrações e sanções disciplinares.

HABEAS PARA A CONDENAÇÃO CRIMINAL, MAS RECONHECIA EXISTIR PROVA SUFICIENTE PARA A DEMISSAO A BEM DO SERVIÇO PÚBLICO. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU E NÃO CONHECIDA POR ACÓRDÃO DO TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS. RECURSO EXTRAORDINÁRIO SEM CABIMENTO, POIS NÃO SE MOSTRA QUE O ACÓRDÃO RECORRIDO, DEIXANDO DE CONHECER DE APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU DE SENTENÇA QUE O ABSOLVERA, HAJA OFENDIDO A LETRA DA LEI. RAZÃO TERIA O RECORRENTE SE PUDESSE CONSTITUIR RES JUDICATA, QUANTO A LEGALIDADE DA DEMISSAO, A CONSIDERAÇÃO DA SENTENÇA, ATINENTE A ESSE PONTO. MAS ESSA POSSIBILIDADE NÃO EXISTE, PORQUANTO O JUIZ CRIMINAL NÃO FOI NEM PODERIA TER SIDO CHAMADO A DECIDIR SOBRE A LEGALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO; QUIS APENAS ESCLARECER QUE, NEGANDO A EXISTÊNCIA DO CRIME, NÃO ESTAVA NEGANDO A EXISTÊNCIA DE FALTA CAPAZ DE AUTORIZAR A SANÇÃO ADMINISTRATIVA. (RE 22330, Relator(a): Min. LUIZ GALLOTTI, Primeira Turma, julgado em 23/04/1953, ADJ DATA 17-05-1954 PP-01570 DJ 26-11-1953 PP-14607 EMENT VOL-00153-02 PP-00606)

ILICITO PENAL E ILICITO ADMINISTRATIVO. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA PARA CONDENAÇÃO NO JUÍZO CRIMINAL, NÃO AFASTA A APLICAÇÃO DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA, DECORRENTE DE PROCESSO REGULAR. INTELIGENCIA DO ART. 1.525 DO CÓDIGO CIVIL E DO ART. 386, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INOCORRENCIA DE ABUSO DE PODER. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (RE 67837, Relator(a): Min. DJACI FALCAO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/10/1969, DJ 20-02-1970 PP-00457 EMENT VOL-00789-01 PP-00467).

Capítulo II - As Relações de Sujeição Geral e de Sujeição Especial

1. Origem e evolução da noção

A evolução do modelo de estado ocorrida após o período revolucionário (tendo as revoluções Americana e Francesa, papel crucial) propiciou o nascedouro do Estado de Direito, caracterizado por premissas antagônicas ao Estado de Polícia, implementando o império da Constituição e das leis, a Separação dos Poderes e a submissão do Estado às leis por ele criadas. Para além da submissão ao Direito, o Estado passa a se submeter à jurisdição, ou seja, passa-se a conceber a possibilidade de os indivíduos oporem direitos contra o próprio Estado.

Característica inerente ao Estado de Direito é a submissão da atuação do próprio Estado ao conjunto de normas jurídicas por ele criadas. A intransponível submissão do Estado às leis, no sentido de condicionamento absoluto de sua atuação às prescrições normativas é a essência do princípio da legalidade.

Sobre a submissão à jurisdição, Geraldo Ataliba, escoimado em doutrina italiana, explica que é insuficiente, para a caracterização do Estado de Direito, a atuação subordinada à lei:

É corrente a afirmação de que Estado de Direito é o que se subordina à lei. Tal concepção, entretanto, é equivocada, porque insuficiente. Equivocada na medida em que se ajusta à maioria dos Estados modernos, os quais sempre atuam de acordo com a lei. [...]

Assim, também, para que se repute um Estado como de Direito é preciso que nele se reúna à característica da subordinação à lei a da submissão à jurisdição, nos termos postulados por Goirgio Balladore Pallieri (v. *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milão, Giuffrè, pp. 80 e ss., especialmente p. 85).

Como bem assinalou o autor, à submissão à legalidade devem ser aderidas outras características para se reconhecer o Estado de Direito, como a submissão à jurisdição imparcial e independente, o que não significa infirmar que o princípio da legalidade seja uma característica fundamental do próprio Estado de Direito.

Com efeito, a democratização e a implementação efetiva do que se concebeu por Estado de Direito foi gradativa, devido a uma resistência em submeter assuntos estatais a um

tribunal independente – situação nunca antes admitida – razão pela qual se criaram mecanismos de “proteção” contra a submissão à jurisdição, como a discricionariedade (em sua concepção original, como a margem de liberdade imune a controle) e as relações de sujeição especial ou relações de supremacia especial.

Essa resistência também se verificava com relação à absoluta submissão à lei e ao respeito aos direitos fundamentais em determinados campos da atividade estatal. Como bem observou Clarissa Sampaio Silva,

[...] a doutrina liberal engendrou importantes construções para, sem abandonar os trunfos revolucionários, retirar determinados âmbitos do controle jurisdicional e refrear as exigências da legalidade, como foi o caso da concepção original da discricionariedade administrativa, tida como poder político, bem como admitir, para determinados vínculos, a permanência de alguns resquícios do regime absolutista, do chamado ‘Estado de Polícia’, com a diminuição ou mesmo exclusão da incidência dos direitos fundamentais e das demais garantias ora mencionadas.³⁵

Nesse passo é que surgiu a bipartição - relação de sujeição geral e relação de sujeição especial -, assim concebidas como aquelas decorrentes do poderio geral do Estado em relação aos administrados em geral e aquelas decorrentes de uma relação específica travada entre o Estado e certos indivíduos, para apartar as segundas dos inevitáveis corolários do Estado de Direito, algumas atividades estatais³⁶.

As relações de sujeição geral são aquelas existentes entre o Estado e os administrados em geral, independente de qualquer vínculo de aproximação. A sujeição geral decorre direta e unicamente do poder de império Estatal, de sua posição privilegiada em relação aos cidadãos.

Portanto, todos os indivíduos, apenas pelo fato de o serem, estão sujeitos ao Estado, ainda que entre ambos não haja nenhum tipo de relação específica. É a supremacia geral do Estado como mandatário do poder titularizado e destinado à sociedade, como nos estados democráticos.

³⁵ SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: O caso dos agentes públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 80.

³⁶ Utiliza-se a expressão sujeição geral (ou relação geral de sujeição) para se referir ao indivíduo em relação ao Estado e a expressão de supremacia geral (ou relação geral de supremacia) para se referir ao Estado em relação ao indivíduo.

Há, também, relações em que se estabelecem entre indivíduos e o Estado que são marcadas por um especial vínculo específico decorrente ou não da vontade do indivíduo, em que há redução da liberdade do indivíduo e, de outro lado, há majoração das prerrogativas estatais. À restrição da liberdade geral tendo como oposto o aumento das prerrogativas gerais estatais em razão de uma dada relação jurídica dá-se o nome de relação especial de sujeição ou relação especial de supremacia.

A concepção dos dois tipos de relação entre o Estado e os indivíduos da sociedade teve sua origem histórica no direito alemão³⁷, justamente na época supra referida em que se admitia uma certa blindagem do Estado em relação a certas atuações suas, com mitigação ou exclusão da submissão ao princípio da legalidade e, via de consequência, dos direitos e garantias individuais.

É certo que vigorava, mesmo após o implemento do Estado de Direito, a idéia de que alguns assuntos estatais não eram albergados pela chamada reserva de lei, isto é, algumas matérias prescindiam de lei (em sentido formal), de modo a manter alguma impermeabilidade de ações estatais em relação aos administrados e à jurisdição.

Por tal razão é que se entendia que, nas relações de sujeição especial, havia uma majoração da supremacia estatal, manifestada pela liberdade de atuação independente da lei, o que, no revés da moeda, significava a asfixia dos direitos fundamentais dos sujeitos inseridos na especial relação.

Traço marcante na noção tradicional de relação de sujeição especial é que as regras ditadas pelo Estado no interior dessas relações não tinham o status de norma jurídica, não sendo objeto, portanto, de controle pelo judiciário.

Laband, no final do século XIX, foi o precursor da noção da existência dos dois tipos de relação travadas entre o Estado e os administrados, cunhando a expressão relação especial de sujeição ao observar a relação dos servidores públicos com a Administração.

³⁷ Conforme explica Alejandro Nieto: “Las relaciones de sujeición especial (también llamadas de supremacia especial) son una vieja creación Del Derecho almán imperial mediante las cuales se justificaba una fuerte intervención sobre determinados sujetos – sin respeto a sus deberes fundamentales ni al principio de la reserva legal - que resultaría intolerable para los ciudadanos que se encontraran en una relación de sujeición general.” *Derecho administrativo sancionador*, 2006, p. 226.

Pouco mais tarde, Otto Mayer desenvolveu a noção e foi o principal difusor da classificação, estendendo-a para outras categorias de relações, como as que habitualmente se usa até nos dias atuais, como os insertos nos estabelecimentos públicos, internos de estabelecimentos prisionais, militares e estudantes de escolas públicas.

Sujeição, segundo Mayer, significa uma relação entre pessoas que não são iguais do ponto de vista do direito, na qual a vontade da pessoa superior é que determina o conteúdo³⁸. E, há especial sujeição quando se verifica uma acentuada dependência que se estabelece em favor de um determinado fim da Administração Pública.³⁹

Outros vários autores alemães contribuíram para o desenvolvimento da noção de relação especial de sujeição, podendo ser citados Fritz Fleiner, que considerava como tal, além da potestade hierárquica em relação aos servidores, e a situação do cidadão que ingressa em estabelecimentos públicos, também aqueles que se encontram sob especial vigilância em razão de deveres fiscais e a prestação de seguros de acidente e saúde; e Thoma, que amplia ainda mais tais categorias, mencionando a subordinação de empregados e patrões, criados e senhorios, a Caixa de Seguros Sociais e entidades detentoras de poder disciplinar, reguladoras das profissões⁴⁰. Outros autores como Jellinek, Nawiaasky e Smend também desenvolveram suas teorias acerca do assunto até a primeira metade do século XX.

Coletando as noções e os fundamentos apresentados pela doutrina tradicional, Clarissa Sampaio Silva extrai o seguinte conceito para as relações de sujeição especial:

[...] vínculos travados entre o Poder Público e o particular em que este comparecia desprovido dos trunfos representados pelas garantias do Estado de Direito, nomeadamente os direitos fundamentais, de modo que a admissibilidade de sua vigência e exercício quedava subordinada ao bom funcionamento da instituição ou serviço, regulado este, por sua vez, sem a incidência de regra jurídica, do princípio da legalidade por representar

³⁸ Na versão francesa da obra: “La sujétion signifie Le rapport de deux personnes inégales au point de vue du droit, rapport pour lequel La volonté de La personne supérieure détermine le contenu.” MAYER, Otto. *Le droit administratif allemande*. V.Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, 1903, p. 137.

³⁹ GALLEGO ANABIDARTE, Alfredo. Las Relaciones Especiales de Sujeición y el Principio de La Legalidad de La Administración. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 34, p.13-14, 1961.

⁴⁰ SILVA, Clarissa Sampaio, *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: O caso dos agentes públicos*, p. 84.

espaço de autonomia administrativa, implicando, ainda, afastamento do controle jurisdicional das medidas administrativas adotadas em seu âmbito.⁴¹

A promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, veio a implementar e fortalecer a proteção aos direitos fundamentais e tal fato reclamou ajustes, revisões e adaptações em vários conceitos jurídicos, e também os de relação especial de sujeição.

A obra de Forsthoff merece destaque pela relevância e pelas críticas à doutrina tradicional. De início, o autor observa que, ao lado da relação geral, de todos os cidadãos em relação ao Estado, há muitos casos de dependência ainda mais estreita entre um particular e a Administração. Afirma que essa dependência pode ser imposta pela lei, como a colocação de um aluno em escola primária ou profissional; e também pode advir de decisão judicial, como nos casos de detenção domiciliar; ou, ainda, de fatos simples como a prestação de um serviço público.⁴²

O autor alemão afirma que nas relações especiais de sujeição há um campo largo para a atividade normativa (regulamentos internos) da Administração, enquanto que, na sujeição geral, há o monopólio da lei e questiona se essa atividade normativa interna é compatível com a noção de Estado de Direito, de separação de poderes. Diz que é necessário distinguir as relações externas das relações internas da Administração.⁴³

Ainda na Alemanha, o assunto foi objeto de diversas manifestações, muito bem colhidas e sintetizadas pelo espanhol Alfredo Gallego Anabidarte⁴⁴ que, após fazer um apanhado geral sobre a doutrina tradicional e as novas feições conferidas ao tema pós Lei Fundamental de Bonn, assinalou pontos em comum entre as variadas percepções, assim como apontou as divergências.

⁴¹ SILVA, Clarisse Sampaio. *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição: O caso dos agentes públicos*, p. 83.

⁴² Na versão francesa da obra: “A cote des relations générales où se trouve tout citoyen à l’égard de l’Etat, il existe de nombreux cas de dépendance encore plus étroite d’un particulier vis-à-vis de l’administration. Cette dépendance peut être imposée par La loi, comme Le placement d’un enfant dans une école primaire ou une école professionnelle (loi sur l’obligation scolaire); elle peut aussi être imposée par une décision judiciaire, comme La mise em résidence surveillée; elle peut également reposer sur La propre décision de l’intéressé, comme l’entrée dans La fonction publique; elle peut enfin être fondée sur de simples faits, comme celui de se trouver dans Le champ d’action d’un service publique.” FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Tradução: Michel Fromont. Bruxelles: Bruylant, 1969, pp. 211-212.

⁴³ FORSTHOFF, Ernst, *Traité de Droit Administratif Allemand*, pp.211-212

⁴⁴ ANABIDARTE, Alfredo Gallego, *Las Relaciones Especiales de Sujección Y El Principio de La Legalidad de La Administración*, Revista de Administración Publica, Madrid, n. 34, pp.11-51, 1961.

Conforme explica Anabidarte, a questão das relações especiais de sujeição mereceu dedicada atenção da Associação de Professores Alemães de Direito Público no ano de 1956, ocasião em que diversos professores expuseram suas opiniões acerca da matéria e se constatou uma heterogeneidade insanável, tanto nos conceitos, como nas situações jurídico-administrativas que deveriam se enquadrar em ditos conceitos.

E, na busca por uma unidade conceitual e de situações amoldadas a algum conceito minimamente estável e freqüente na doutrina, Anabidarte concluiu que era uma busca vã, pois *“há conceitos em que, dada a indeterminação da situação de fato a que se conferem, não podem ser definidos, sendo que qualquer definição de relação de sujeição especial será sempre insuficiente e, portanto, inútil”*⁴⁵. Em se tratando de relações de sujeição especial, isto se dá pela grande diferença entre as figuras jurídicas que se compreendem sob o conceito, como pelo fato de que a matéria se desenvolveu marginalizada, carecendo de rigorosa investigação científica, o que implica dizer que qualquer definição dependerá do arbítrio de cada autor.⁴⁶

Conclui, em razão do acima exposto, que não existe uma relação de sujeição especial, mas várias relações de sujeição especial ou relações especiais jurídico-administrativas.

Sobrepondo as variadas opiniões da doutrina alemã e acrescentando sua própria contribuição, procurou extrair algumas notas características ou essenciais que devem estar presentes em maior ou menor grau de intensidade nas situações jurídicas que devem ser consideradas como de sujeição especial:

- acentuada situação de dependência, da qual emanam certas obrigações;
- estado geral de liberdade limitada;
- existência de uma relação pessoal;
- impossibilidade de estabelecer, de antemão, a extensão e o conteúdo das prestações, assim como a intensidade das necessárias intervenções coativas na esfera dos afetados;

⁴⁵ ANABIDARTE, Alfredo Gallego, *Läs Relaciones Especiales de Sujeición Y El Principio de La Legalidad de La Administración*, p. 24.

⁴⁶ ANABIDARTE, Alfredo Gallego, *Läs Relaciones Especiales de Sujeición Y El Principio de La Legalidad de La Administración*, p. 24.

- o fato de que o indivíduo tem que obedecer ordens, as quais não emanam diretamente da lei;
- o fato de que esta situação se explique em razão de um determinado fim administrativo;
- a alusão a um elemento de voluntariedade em dita situação de submissão;
- admitir, expressa ou tacitamente, que a justificativa de dita relação se encontra na necessidade de uma eficiência e produtividade administrativa.

Quanto às situações fáticas propriamente ditas, o espanhol apresentou o seguinte quadro:

Devem ser consideradas como de relação de sujeição especial, porque há unanimidade:

- a situação do funcionário;
- a situação do militar;
- a situação dos estudantes de estabelecimentos públicos;
- a situação do preso;

Em sua opinião, afirma que as seguintes também devem ser consideradas como de especial sujeição:

- liberdade vigiada (polícia ou fiscal);
- a relação com estabelecimentos de beneficência e sanatórios de tipo obrigatório.

Situações que são discutíveis e problemáticas:

- a utilização de um estabelecimento público (museus, etc) e serviços de transporte;
- a situação dos deputados e ministros;
- a situação de aqueles que estão sob o poder de um presidente de Sala⁴⁷ ou Câmara Parlamentar.

⁴⁷ Noção que se aproxima do que se conhece por Turma Julgadora ou Câmara de tribunais. O TCFA é composto por 2 Salas.

Finalmente, para Anabidarte devem ser excluídas da noção, as seguintes situações:

- a relação com as corporações profissionais;
- a relação com a Seguridade Social;
- a prestação administrativa em forma de serviço de abastecimento (gás, luz, etc.).

Após concluir que não há uma unidade conceitual sobre a matéria, o espanhol enfrenta a questão da incidência ou não incidência, do princípio da legalidade nas relações de sujeição especial, ainda que não se extraia, ao certo, quais as situações que no conceito se enquadrariam.

Aponta o autor que o problema das relações de sujeição especial ante o amadurecimento do Estado de Direito reside em três aspectos: a incidência do princípio da legalidade⁴⁸, a incidência dos direitos fundamentais e a questão da proteção jurídica (controle judicial) dos atos estatais, tendo dedicado seu magistral escrito à questão da incidência do princípio da legalidade nas chamadas relações de sujeição especial.

Da década de sessenta do século passado, o trabalho de Anabidarte se mostra ainda atual, afigurando-se o ponto fulcral da dicotomia relação de sujeição geral – sujeição especial, merecendo a atenção da doutrina contemporânea, superadas as noções tradicionais de blindagem ao controle jurisdicional, pois enterrada a idéia de que as ordens emanadas no seio dessas relações não se consubstanciariam em verdadeiras normas jurídicas.

A questão da incidência do princípio da legalidade foi, em parte, superada pela decisão do Tribunal Constitucional Federal Alemão de 14 de março de 1972, que afastou a possibilidade de restrição a direitos fundamentais (dos presos, no caso específico) senão por meio de lei ou com base em lei, bem como declarou que as relações de sujeição especial não ficavam à margem da proteção judicial.

⁴⁸ Importante mencionar que, em 1972, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (TCFA) proferiu decisão no sentido de que incidem os direitos fundamentais e o princípio da legalidade nas relações de sujeição especial. O artigo de Anabidarte precede tal decisão, de sorte que ainda não se afigurava, quando da elaboração do referencial estudo, superada a questão da incidência ou não do princípio da legalidade.

Dizemos superação parcial do problema, pois a questão desviou-se para o grau de intensidade da incidência do princípio da legalidade nas relações de sujeição especial, isto é, se tal princípio incide com a mesma força e abrangência, tal como nas relações de sujeição geral, ou se há flexibilizações, matizações, mitigações ou outras formas de redução de seu conteúdo e alcance, assunto que será abordado em ponto específico do presente trabalho.

Para além dessa fecunda discussão, há ainda questões outras que, a nosso ver, antecedem a celeuma acerca do grau de intensidade da incidência do princípio da legalidade nas relações de sujeição especial, quais sejam, explicitar quais as notas características que devem estar presentes numa dada relação para que seja considerada como de especial sujeição de modo a acolher, nessas características, relações outras, que não a já existentes, e as situações que efetivamente podem ser consideradas como tal.

A indefinição do que pode se considerar como relação de sujeição especial ante os avanços doutrinários e jurisprudenciais no que se refere ao reconhecimento da presença dos direitos fundamentais e à incidência do princípio da legalidade (não obstante a discussão acerca da intensidade) conduz, naturalmente, à tentação de abandonar completamente a bipartição doutrinária, já que não se vislumbrava mais uma abismal distância entre as relações de sujeição geral e de sujeição especial, ao menos com implicações práticas úteis.

Assim é que surgiu uma corrente doutrinária que nega qualquer funcionalidade na distinção, podendo ser citados, na doutrina portuguesa José Manuel Sérvulo Correia⁴⁹ que não vislumbra diferença entre o indivíduo que sofre restrições à sua propriedade declarada de utilidade pública para fins expropriatórios e o indivíduo que se encontra internado em hospital público; e na doutrina espanhola Ináki Lasagabaster⁵⁰ que afirma não haver diferença entre as relações de sujeição geral e especial quanto às técnicas de limitação dos direitos fundamentais.

⁴⁹ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, *Apud*: SILVA, Clarissa Sampaio, *Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O Caso dos Agentes Públicos*, p. 110.

⁵⁰ CORREIA, José Manuel Sérvulo. Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos, *Apud*: SILVA, Clarissa Sampaio, *Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O Caso dos Agentes Públicos*, p. 111

Referido autor espanhol encampa as críticas inicialmente feitas por Anabidarte ao afirmar que as relações de sujeição especial não teriam contornos precisos, constituindo-se em categoria que descreve fenômenos muito heterogêneos, propondo o abandono da noção.⁵¹

De outra mão, segue a corrente doutrinária que defende a manutenção da bipartição porque vê, nas ditas relações de sujeição especial, matizações dos direitos fundamentais e do princípio da legalidade, assunto tratado em tópico específico do presente trabalho.

2. As concepções da doutrina brasileira

Entre nós, qualquer raciocínio se inicia a partir de dois problemas cujo enfrentamento estamos liberados, em razão do que dispõe a ordem constitucional brasileira: não existe vedação à atividade legislativa, não se concebendo matérias fora da “reserva legal”⁵², ou seja, não há matérias específicas reservadas à lei e matérias específicas impermeáveis a ela, o que equivale a dizer que não existe, no Brasil, o princípio da reserva legal, força do que dispõe o art. 48 da Constituição da República; assim como não há que se falar em reduto de matérias inalcançáveis pelo controle judicial, ante o princípio da inafastabilidade da jurisdição encartado, também no texto constitucional, art. 5º, inc. XXXV.

A questão das relações de sujeição geral e de sujeição especial passa à margem da maior parte da doutrina especializada, não sendo objeto de estudo nas mais respeitáveis obras gerais de Direito Administrativo – não obstante tenha aparecido com frequência, em obras e trabalhos monográficos -, seja em razão de um eventual abandono da noção, seja porque o assunto não foi considerado relevante, seja, ainda, por qualquer outra razão.

⁵¹ SILVA, Clarissa Sampaio, *Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O Caso dos Agentes Públicos*, p. 111.

⁵² Conquanto haja respeitáveis juristas brasileiros que se utilizam da expressão “reserva de lei”, mas com significado diverso, aqui a adotamos no mesmo sentido utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello, que refuta a existência de tal concepção, que foi engendrada em contraposição aos “poderes domésticos” da Administração, como esferas de limitação à competência legislativa e à competência do Monarca (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 825).

Celso Antônio Bandeira de Mello em seu indispensável Curso de Direito Administrativo é um dos poucos a abordar o tema e o faz incidentalmente no capítulo reservado ao Poder de Polícia, merecendo as seguintes referências.

O autor, ao buscar o fundamento da polícia administrativa, explica que o poder exercido pela Administração no exercício do poder de polícia tem assento na supremacia geral que, “no fundo, não é senão a própria supremacia das leis em geral, concretizadas através de atos da Administração,”⁵³ abrindo o ensejo, pois, para discorrer sobre as relações especiais de sujeição.

Bandeira de Mello reconhece as vicissitudes que permeiam o assunto, ressaltando a imprecisão doutrinária das acepções da relação de sujeição especial e suas implicações, mas admite a existência de uma gama de situações que se não se amoldam à noção de sujeição geral. Aceita, com contemperamentos, a distinção, enquanto não se constroem categorias próprias para as aludidas situações, citando os habituais exemplos: servidores públicos, alunos de estabelecimentos públicos de ensino, internados em hospitais e asilos públicos ou mesmo estabelecimentos penais, além dos usuários de bibliotecas públicas⁵⁴.

Nas situações mencionadas, diz o autor, “*os vínculos que se constituíram são, para além de qualquer dúvida ou entredúvida, exigentes de uma certa disciplina interna para funcionamento dos estabelecimentos em apreço [...]*”, que abrange a previsão de sanções.⁵⁵

Esclarece que, nas referidas situações, “seria impossível, impróprio e inadequado que todas as convenientes disposições a serem expedidas devessem ou mesmo pudessem estar previamente assentadas em lei e unicamente em lei, com exclusão de qualquer outra fonte normativa.”⁵⁶

Em arremate, estabelece condicionantes positivos e negativos para os poderes exercidos no seio de uma relação de sujeição especial, valendo a longa transcrição a seguir:

⁵³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 823.

⁵⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 825-826.

⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 825-826

⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 826-827.

Assim, pode-se entender como indispensável, pelo menos, os seguintes condicionantes positivos de quaisquer destes poderes (sejam restritivos, sejam ampliativos), a saber:

- a) tenham que encontrar seu fundamento último em lei que, explícita ou implicitamente, confira aos estabelecimentos e órgãos públicos em questão atribuições para expedir ditos regramentos, os quais consistirão em especificações daqueles comandos;
- b) que os referidos poderes possam exibir seu fundamento imediato naquelas mesmas relações de sujeição especial, tal como, exempli gratia, poderes contratuais encontram fundamento no contrato;
- c) restrinjam suas disposições ao que for instrumentalmente necessário ao cumprimento das finalidades que presidem ditas relações especiais;
- d) mantenham-se rigorosamente afinadas com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, de sorte a que todo excesso se configure como inválido;
- e) conservem seu objeto atrelado ao que for relacionado tematicamente e, em geral, tecnicamente com a relação especial que esteja em causa.

Por outro lado, seriam seus condicionantes negativos:

- a) não podem infirmar qualquer direito ou dever, ou seja, não podem contrariar ou restringir direitos, deveres ou obrigações decorrentes de norma (princípio ou regra) de nível constitucional ou legal, nem prevalecer contra a superveniência destes;
- b) não podem extravasar, em relação aos abrangidos pela supremacia especial (por suas repercussões), nada, absolutamente nada que supere a intimidade daquela específica relação de supremacia especial;
- c) não podem exceder em nada, absolutamente nada, o estritamente necessário para o cumprimento dos fins da relação de supremacia especial em causa;
- d) não podem produzir, por si mesmas, conseqüências que restrinjam ou elidam interesses de terceiros, ou os coloquem em situação de dever, pois, de tal supremacia, só resultam relações circunscritas à intimidade do vínculo entretido entre a Administração e quem nele se encontre internado. Ressalvam-se, apenas, por óbvio, as decisões cujos efeitos sobre este, por simples conseqüência lógica irrefragável, repercute na situação jurídica de um terceiro.⁵⁷

No mesmo sentido aponta a doutrina de Heraldo Garcia Vitta:

Conforme se observa, a relação ou sujeição especial não tem valor absoluto, ou irrestrito; hoje, a doutrina – ao verificar os liames restritos entre Administração e algumas pessoas – encarece *condicionantes*, positivos e negativos para o exercício dela. Isso porque a relação especial é jurídica; subordinada ao Direito, *tem limites*.⁵⁸

Trabalho monográfico de fôlego⁵⁹ foi produzido por Vera Regina Hippler que dedicou algo mais de três centenas de páginas ao assunto e propôs o seguinte conceito estrito de relação especial de sujeição:

⁵⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, pp. 827-828.

⁵⁸ VITTA, Heraldo Garcia. *Poder de polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 47.

⁵⁹ O mais completo e abrangente estudo acerca do tema produzido por um autor brasileiro.

As relações especiais de sujeição são relações jurídico-administrativas nas quais a Administração Pública exerce poder de autoridade dito especial, caracterizadas pela inserção efetiva e duradoura do administrado no seu âmbito organizacional, das quais dimanam um regime jurídico peculiar traduzível numa modulação específica do princípio da legalidade e diferenciado tratamento dos direitos fundamentais e instituições de garanti, de forma adequada aos fins e interesses específicos de cada relação e com fundamento constitucional-legal.⁶⁰

Régis Fernandes de Oliveira não se propõe a definir ou conceituar as relações de sujeição especial, mas explica que estas se verificam quando há um vínculo específico a unir o indivíduo ao Estado, e que a *“relação de supremacia geral é de poder, unindo Estado e administrado; a especial une a Administração e pessoas subordinadas a vínculo institucional”*.⁶¹

Luis Manuel Fonseca Pires descreve a supremacia geral como *“a relação existente entre o Estado e os administrados em razão da natural submissão que há destes últimos em relação ao primeiro, e o há com fundamento no contrato social. É o poder de império, a ser exercido indistinta e genericamente pelo Estado, em face de todos aqueles que se encontram em seu território”*, enquanto que na supremacia especial, o poder exercido não se fundamenta imediatamente no poder de império, mas sim em uma situação especial que, por conta de suas características próprias, a aparta das relações gerais.⁶²

Daniele Chamma Cândido relaciona as características das relações de sujeição especial e o faz para se evitar uma indevida extensão desta categoria. Para a autora, tais relações devem conter as seguintes categorias cumulativas:

- a) vínculo previsto na Constituição Federal, criado entre a Administração e um particular ou um grupo de particulares, para a satisfação de determinado interesse público;
- b) vínculo que gera para o particular nela inserido uma situação jurídica específica, diversa daquela das pessoas em geral;
- c) vínculo decorrente da integração do administrado ao aparato administrativo, da delegação da atividade estatal, da celebração de um

⁶⁰ HIPPLER, Vera Regina. *Aspectos das Relações Especiais de Sujeição no Direito Administrativo Brasileiro: Natureza Jurídica e Pressupostos Constitucionais*. 2006. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006, p.109-110.

⁶¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes. *Infrações e sanções administrativas*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39.

⁶² PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 162-163.

contrato, da utilização de um serviço público ou do uso especial de um bem público;

d) insuficiência das normas editadas com base no Poder de Polícia para disciplinar a conduta dos particulares inseridos no vínculo, ou seja, exigência de uma disciplina interna para garantir seu bom exercício;

e) disciplina interna que é deixada a cargo da Administração por impossibilidade ou inconveniência de sua fixação por lei.⁶³

Clarissa Sampaio Rodrigues, voltando seus esforços para a questão dos direitos fundamentais, propõe um conceito para as relações especiais de sujeição. Para a autora, aquelas seriam

[...] relações marcadas por vinculação diferenciada dos centros detentores de poder no tocante a alguns direitos fundamentais, com ampliação das suas competências, bem como dos deveres dos titulares dos direitos para assegurar a realização de determinados valores constitucionais institucionalmente perseguidos.⁶⁴

Percebe-se, com esse breve apanhado, que parte da doutrina propõe conceitos para as relações de sujeição especial e parte da doutrina se ocupa em extrair características comuns que apartam, as ditas relações de sujeição especial, das relações gerais.

Constata-se que, ainda nos dias atuais, não foram superadas as dificuldades detectadas pela doutrina precedente, concernentes em abstrair características comuns a fenômenos tão heterogêneos.

3. Nosso entendimento sobre a matéria

Incontestável a existência de uma relação geral de sujeição ao Estado, ao qual todos os indivíduos se encontram na condição de destinatários do poder⁶⁵, também é

⁶³ CÂNDIDO, Daniele Chamma. *Competência Sancionatória nos Contratos Administrativos*. 2009. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p.37.

⁶⁴ SILVA, Clarissa Sampaio, *Direitos fundamentais e relações especiais de sujeição; O caso dos agentes públicos*, p. 132.

⁶⁵ Conforme esclarece Carlos Ari Sundfeld: “Em uma sociedade, os indivíduos podem ser divididos em dois grupos: o dos que exercem o poder, como agentes do Estado (os governantes), e o dos destinatários do poder (os governados). [...] no estado Democrático de Direito, os indivíduos não são meros destinatários, isto é, meros sujeitos passivos, do poder. São vistos, em conjunto, os verdadeiros titulares do poder político.” *Fundamentos de Direito Público*. 4ª ed, São Paulo: Malheiros, 2008, p. 109.

facilmente constatável que alguns particulares se relacionam com o Estado de maneira particular, específica e, portanto, diferenciada em relação ao estado geral de sujeição.

A utilidade da divisão entre relação de sujeição geral ou de sujeição especial não reside em si própria, mas sim, nas implicações da divisão. Há que se encontrar implicações diferenciadas o suficiente para justificar a bipartição da relação geral e relação especial de sujeição. A distinção, portanto, só tem valor se a cada uma delas corresponderem características distintas que impliquem em regime jurídico próprio, extraível da ordem jurídica, sem o que não passaria de mera e irrelevante constatação.

Árdua, no mínimo, é a tarefa de procurar identificar características que sejam precisas o bastante para descrever a categoria e abrangentes o bastante para conferir coerência lógica à sistematização e acolher situações imprevistas e futuras.

Assim é que, de início, vínculo, no sentido de liame, de aproximação, é a palavra chave para apartar a relação genérica dos indivíduos com o Estado, das relações específicas.

O desafio inicial é detectar quais vínculos, qual a natureza dos vínculos que autorizam colocar uma dada relação na coluna da relação geral de sujeição ou na coluna das relações gerais de sujeição.

O problema ganha dimensões estratosféricas ao se constatar que uma pluralidade muito heterogênea de situações possam ser apostas, lado a lado, como espécies de um gênero e abstrair dessas situações, elementos comuns outros que não, simplesmente, vínculo específico. Seguem alguns exemplos.

Os autores que atrelam ao vínculo a qualidade de duradouro não explicam a situação do usuário eventual de uma biblioteca pública – exemplo de relação de sujeição especial largamente aceito pela doutrina - ou o visitante de um museu público, ou ainda, o espectador de uma casa de espetáculos pública, sujeitos, todos, aos regramentos internos de índole infralegal (a chamada disciplina interna).

Os autores que atrelam ao vínculo a qualidade de voluntário (*volenti non fit injuria*) não explicam a situação dos internados em sanatórios públicos compulsoriamente,

tampouco a situação dos internos em estabelecimentos prisionais, que igualmente se assujeitam a uma disciplina interna estabelecida em ato normativo infralegal.

Anabidarte relaciona algumas características e ressalva que deverão aparecer com maior ou menor grau de intensidade, dependendo da natureza da relação jurídico-administrativa. Aceitamos o rol proposto pelo espanhol, com restrições: desde que não se admita como um rol exaustivo e desde que a presença não cumulativa de algumas das características (p.ex., consta no rol das notas características a inserção voluntária na relação de submissão), possam se amoldar à noção de sujeição especial.

Também devem ser recepcionadas com contemperamentos as sistematizações que aludem a uma específica necessidade de eficiência ou ao atendimento de um determinado fim ou interesse público, porque, a nosso ver, nada dizem, já que toda e qualquer atuação da Administração deve estar vinculada a um determinado fim ou interesse público e deve às específicas necessidades de eficiência. Todo exercício de competência está relacionado a uma finalidade de interesse público.

Estendemos nossa crítica aos posicionamentos que assentam as relações especiais de sujeição ou inserem no rol de suas características, a insuficiência das normas editadas no exercício do Poder de Polícia para disciplinar certas relações, e o fazemos por duas simples razões.

A primeira é que não parece adequado e nem dotado de um mínimo rigor científico atrelar uma categoria ao exercício defeituoso ou incompleto de outra, isto é, não se pode ter como critério de reconhecimento, admissão ou aceitação das relações de sujeição especial na insuficiência da atividade legiferante limitadora da liberdade e da propriedade.

A segunda razão pela qual afastamos a justificativa assentada na insuficiência do Poder de Polícia reside na incompatibilidade lógica da afirmação, combinada com o que muito se propaga em termos de “inviabilidade” e de “impossibilidade” de a lei descrever todos os comportamentos possíveis na intimidade de certas relações, pois, o que é inviável – por razões de interesse público particularizado para aludidas relações – ou impossível, não pode ser considerado insuficiente.

Não obstante, concordamos que, em algumas situações a atividade legiferante detalhada e taxativa é materialmente impossível, exatamente pela impossibilidade de esgotar todos os aspectos particularizados das relações jurídico-administrativas, sendo tal impossibilidade extensível até mesmo para atos normativos infralegais, se considerar a multiplicidade de comportamentos humanos que possam vir de encontro ao bom, normal e corrente funcionamento e desenvolvimento do vínculo. Nesses casos, a lei deve conter as chamadas cláusulas gerais e pode, sem risco de propiciar insegurança jurídica, se valer de conceitos jurídicos indeterminados.

Concordamos, também, com a inviabilidade de esgotamento normativo no âmbito da lei, como, por exemplo, estipular o número de dias em que um usuário da biblioteca pública pode ficar com o exemplar emprestado ou quantos exemplares podem ser emprestados simultaneamente, já que tais regras devem ser estipuladas de acordo com as realidades de cada biblioteca – número de exemplares disponíveis, média de usuários e de solicitações de empréstimos, etc. – e cambiáveis conforme a realidade vai se alterando. No entanto, é possível e viável, por exemplo, que a lei estatua as infrações e as sanções pelo descumprimento das regras, caracterizando a norma em branco (equivalente à norma penal em branco). A toda evidência não seria minimamente razoável se exigir uma lei para cada biblioteca e alterações legislativas a cada modificação da realidade da biblioteca. Certamente a exigência de lei formal disciplinado detalhadamente o funcionamento do estabelecimento público comprometeria, senão inviabilizaria, o atingimento de suas finalidades precípua, como difusão de cultura, incentivo à leitura, etc.

Portanto, nos casos de inviabilidade e/ou de impossibilidade, ao legislador compete a outorga de competências e o estabelecimento de normas em branco e de cláusulas gerais, lançando mão de tipos abertos e conceitos jurídicos indeterminados, cujo conteúdo pormenorizado fica como encargo da Administração, mediante tanto a expedição de atos normativos infralegais, como de autonomia, para, no caso concreto, subsumir dado comportamento a uma norma de conteúdo mais genérico.

Para ficar no exemplo da biblioteca, a lei poderá se restringir a prescrever que será sancionado com suspensão do direito de utilizar a biblioteca pública se, dentro dela, não se comportar adequadamente – tipo muito aberto -. O regimento interno da biblioteca (ato normativo geral e abstrato infralegal) poderá prescrever alguns comportamentos que serão

considerados inadequados, como por exemplo: falar em voz alta, dobrar páginas ou fazer marcações gráficas nos livros, adentrar no estabelecimento em trajas sumários, levar consigo animal de estimação, incomodar outros usuários, etc., - tipos menos abertos ou fechados -mas, ainda assim, deverá remanescer certa margem de liberdade para que, mesmo não previsto no rol de comportamentos previstos no regimento, a Administração possa enquadrá-la no tipo aberto. Assim, se o usuário resolve que, ao invés de jogar no lixo papéis com anotações de que não precisará, deve atear fogo no material. Tal conduta, não obstante não esteja prevista nem na lei, nem no regimento, pode e deve ser considerada como inadequada, ensejando o uso da legal competência sancionatória da Administração – margem de liberdade que deve remanescer ante a impossibilidade de previsão de todos os comportamentos possíveis e imagináveis de conduta inadequada, ainda que por ato normativo infralegal -.

Situação similar pode ser verificada em se tratando de licitações e contratos administrativos. A lei, aplicável a toda e qualquer licitação e contrato administrativo não pode descer a certos pormenores particularizados na medida do correspondente interesse público subjacente.

Sem embargo, entendemos que, necessariamente, deverá constar na lei os tipos gerais e abertos, na medida da impossibilidade e ou da inviabilidade dantes mencionadas, as respectivas competências e as respectivas sanções e pressupostos para sua aplicação, inadmitindo, pois, a criação de sanções por ato normativo infralegal.

Assim é que, a utilização de tipos abertos – somente pela inviabilidade e ou impossibilidade de previsão exaustiva e completa de comportamentos – enquanto inadequada, em regra, para disciplinar as relações gerais de sujeição, afigura-se como adequada, em regra, para as relações de sujeição especial.

Com isto não estamos a infirmar a validade dos dispositivos legais que contenham tipos abertos nas relações gerais de sujeição, pois, em alguma medida, a impossibilidade de previsão exaustiva e pormenorizada de comportamentos também se verificará nessas. Exemplo clássico de tipo aberto em relação de sujeição geral e no âmbito do direito em que não se discute a incidência mais intensa do princípio da tipicidade legal é o crime de estelionato, previsto no art. 171, do Código Penal: “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante

artifício, ardid, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa.”

Todavia, a impossibilidade de o legislador prever todas as situações que comprometem o bom funcionamento da máquina administrativa ou a inviabilidade de fazê-lo sob pena de emperrar o desempenho normal da atividade estatal, não diferem, essencialmente, dos fundamentos que ensejam a competência discricionária, a competência regulamentar e a competência normativa exercitável mediante a expedição de outros atos (resoluções, portarias, instruções e o próprio edital de licitação), não sendo correto afirmar que sempre que o legislador se deparar com a impossibilidade e ou inviabilidade de descrever comportamentos e disciplinar detalhadamente todos os aspectos de uma dada relação, se estará diante de um exemplo de relação de sujeição especial.

É fato que nas relações de sujeição especial há uma maior concentração das descrições detalhadas das infrações e as normas procedimentais para sua apuração e aplicação de sanção em diplomas infralegais. Contudo, não se pode considerar esse fato como critério diferenciador do regime jurídico – notadamente no que se refere à legalidade ou tipicidade – entre as infrações e sanções aplicáveis nas relações de sujeição geral e nas relações de sujeição especial.

As relações de sujeição especial, por assim dizer, são as mais propícias à constatação da suficiência da atividade legiferante por meio de cláusulas gerais, mas não são as únicas a propiciar normatização mediante atos normativos de menor hierarquia.

É possível afirmar que há uma causa imediata única a justificar a existência das relações especiais, qual seja, a necessidade de uma disciplina interna, particularizada, a reclamar o reconhecimento das relações de sujeição especial. No entanto, são diversas as causas mediatas da necessidade de uma normatização infralegal, como a afetação do bem público de uso especial, justificadora de uma disciplina interna; o bom e regular funcionamento do serviço público; o bom funcionamento de atividades internas da Administração e dos serviços governamentais, a ensejar a disciplina dos servidores públicos; o cumprimento das necessidades públicas iminentes, com regras específicas constantes de um contrato administrativo; etc.

Assim é que o vínculo dos servidores públicos não pode ser comparado com o vínculo do indivíduo que adentra e utiliza um estabelecimento público. Entre os estabelecimentos públicos, é diferente a situação do sujeito que simplesmente adentra à repartição para solicitar uma certidão, daquele que adentra à uma biblioteca e se inscreve como usuário, assim como é diferente a situação do usuário do serviço público e do contratado da Administração.

O altíssimo grau de peculiaridades das diferentes hipóteses concebidas como de sujeição especial e apenas para citar os exemplos mencionados com maior frequência (servidores, utentes de serviço público, militares, presos, sujeitos que adentram a estabelecimentos públicos) inviabiliza um rol estático e fixo de características.

A heterogeneidade já de há muito detectada pela doutrina estrangeira e nacional impede que se atribua características específicas comuns a todos diversos vínculos que diferem uma dada relação das relações de sujeição especial, o que nos leva a concordar com Gallego Anabidarte quando afirma que não existe relação de sujeição especial, mas sim, relações de sujeição especial ou relações especiais jurídico-administrativas⁶⁶.

Em verdade, pelo menos no atual estágio do tratamento do tema pela doutrina, as relações de sujeição especial são todas as que não se enquadrarem na noção de sujeição geral, assim concebida como aquela genérica e inafastável de todos os indivíduos que vivem sob a instituição Estado.

Os vínculos podem surgir de formas também diversas: voluntário ou involuntário, duradouro ou eventual, contratual ou não contratual, decorrente de uma adesão formal ou decorrente apenas da utilização de um serviço público, seja de maneira contínua, seja de maneira episódial, todos, porém, a reclamar, com maior ou menor intensidade, uma disciplina específica, dirigida a um indivíduo particularmente considerado ou a um grupo definido ou indefinido de indivíduos.

Concluimos, assim, que toda e qualquer sistematização ou tentativa de sistematização das relações de sujeição especial acabam ocorrendo por escolhas dos autores,

⁶⁶ GALLEGO ANABIDARTE, Alfredo. Las Relaciones Especiales de Sujeición y el Principio de La Legalidad de La Administración. *Revista de Administración Pública*, Madrid, n. 34, p.13-14, 1961.

segundo os quais mais ou menos situações se enquadrariam nesse tipo especial de relação conforme as características que se lhes entender pertinentes. Ressalvas feitas a teorias desprovidas de coerência lógica, é certo que não se pode afirmar ou infirmar que um autor está certo e outro não está.

4. A participação em licitações e contratos administrativos como relação de sujeição especial

Salvo vozes dissonantes, é amplamente aceito na doutrina brasileira o entendimento de que aqueles que celebram contratos (pessoas físicas e jurídicas) com a Administração, ingressam numa relação especial de sujeição.

Já sobre a situação do licitante, pouco ou nada se diz acerca do tipo de relação que se estabelece entre o licitante que apresenta proposta e o Estado, sendo Eduardo Rocha Dias um autor que entende tratar-se de relação de sujeição especial, aquela travada entre os licitantes e a Administração. Nas palavras do autor:

A expressão ‘poder punitivo da administração’, por sua vez, refere-se ao gênero do qual o poder disciplinar é espécie, alcançando aqueles que não se encontram em nenhuma relação especial de sujeição com o poder público e também aqueles que, sem serem agentes públicos, encontram-se vinculados ao Estado sem que tal vínculo traduza qualquer situação funcional. É o caso dos licitantes e contratados.⁶⁷

Em outro trecho de sua obra, o autor reforça o entendimento:

Finalmente, a aplicação de sanções administrativas a licitantes e contratados se situa no quadro de relações especiais de sujeição, mantidas pelo Estado com particulares. Esses comparecem diante do Estado como co-partícipes de sua ação administrativa, quer como pretendentes à contratação, quer como contratados.⁶⁸

Parece ser este, também, o entendimento de Marçal Justen Filho, ao lecionar que:

Quando alguém se dispuser a participar de uma licitação ou a realizar contratação administrativa, passará a subordinar-se a regime jurídico

⁶⁷ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 22.

⁶⁸ DIAS, Eduardo Rocha, *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 62.

muitomais severo do que o aplicável ao cidadão comum. [...] Isso deriva da própria situação de participar de uma licitação ou de manter contrato com a Administração Pública.⁶⁹

O que nos faz concordar com os autores citados é o fato, inegável, de que, ao apresentar a proposta, o licitante se liga ao Estado, dados o caráter vinculante da proposta e os efeitos jurídicos dela decorrentes.

Em rigor, ainda antes de apresentar sua proposta, o potencial interessado em contratar com a administração pública já experimenta um estado de liberdade restringida, pois, não pode, por exemplo, afastar licitante da disputa, mediante violência, grave ameaça ou oferecimento de vantagem, comportamentos tipificados como crime, na Lei Federal nº 8.666/93⁷⁰.

A licitação é um procedimento, no qual figuram como partes, o órgão ou ente licitador e todos aqueles que apresentaram propostas, ou seja, os licitantes.

Todas as partes desse procedimento se encontram unidas por um liame específico e por um conjunto de regras específico, de índole infralegal: o edital da licitação. Portanto, seja pelo caráter vinculante da proposta, seja porque os licitantes figuram como parte nos procedimentos licitatórios, está caracterizada a relação de sujeição especial, pelo reconhecimento de um vínculo diferenciado, no caso, voluntário e de curto prazo de duração, estando as partes submetidas a uma disciplina interna, estatuída, com base na lei, mas por instrumento normativo de inferior hierarquia, que tem a finalidade de pormenorizar os aspectos dessa relação, isto é, os aspectos procedimentais da disputa.

Portanto, os licitantes se ligam entre si e ao Estado. Todos são parte de uma relação jurídica específica e diferenciada da relação geral de sujeição. Os comandos a serem seguidos constam de uma norma de índole infralegal (o ato convocatório) e aqueles que se inserem nessa relação estão sujeitos a deveres e proibições específicas e se assujeitam ao poder sancionatório da Administração, não derivado do poder de polícia.

⁶⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 853.

⁷⁰ Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Capítulo III – O Regime Jurídico do Direito Administrativo Sancionador

1. Princípio da Legalidade

1.1. Considerações Gerais

O princípio da legalidade, como se sabe, se apresenta em dois ângulos diferentes de incidência, conforme se trate da atuação dos particulares ou atuação do Poder Público.

Entre particulares, existe uma relação de compatibilidade ou de não contradição com a lei. Equivale dizer que os particulares podem atuar livremente, desde que seus atos não se apresentem contrários à ordem jurídica. É a máxima que diz: tudo o que não for proibido ou obrigatório, é facultado e, portanto, permitido.

A Constituição brasileira fornece esse traço de mera compatibilidade, no início do Título II intitulado Dos Direitos e Garantias Fundamentais, Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos - alçado ao nível de cláusula pétrea, por força do disposto no art. 60, §3º, inciso IV⁷¹, quando estabelece, no art. 5º, inciso II, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Tal dispositivo consagra, ao mesmo tempo, a liberdade de atuação e os limites da liberdade, regendo a atuação dos particulares sob o prisma da não contradição com a lei⁷².

Inversamente, quando o submisso à legalidade é o Estado, não existe a liberdade residual que se verifica para os particulares, pois todo seu comportamento está condicionado ao que determina ou autoriza a lei. Por tal razão, afirmamos, acompanhando a consagrada doutrina, que a relação entre a atuação do Poder Público e a lei é de conformidade.

⁷¹ Referido dispositivo constitucional confere a disciplina sobre emendas constitucionais e, no 3º, acaba por impedir qualquer deliberação acerca de proposta de emenda constitucional cujo teor tenda a abolir I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais. Portanto, todos os dispositivos constitucionais que tratem de quaisquer dessas matérias são dotados de máxima segurança jurídica e são conhecidos como cláusulas pétreas, como que petrificadas na ordem jurídica, dada sua insusceptibilidade à abolição.

⁷² Como a idéia deste trabalho não é tratar dos aspectos da conformidade e da compatibilidade de atuação em relação à lei em sentido estrito, usaremos os vocábulos lei e direito aleatoriamente, sem, contudo, querer adentrar à celeuma em torno da questão, sob pena de desviar dos objetivos aqui almejados.

Essa idéia foi difundida a partir das observações do italiano Renato Alessi, que ressaltou que a concretização do princípio da necessária legalidade se dá pela relação de subordinação da função administrativa à função legislativa e abordou a legalidade em dois sentidos: em sentido negativo, tal princípio veicula a proibição de comportamento *contra legem*, vinculação negativa; em sentido positivo, impõe o comportamento *secundum legem*, que se traduz pela vinculação positiva da atuação.

Em seus dizeres:

Acerca das relações entre a função administrativa e as funções legislativas e jurisdicionais, assinalamos, em primeiro lugar, que a função administrativa está subordinada à função legislativa. Tal subordinação, que dá concretude ao princípio da necessária legalidade da atividade administrativa, se entende em sentido negativo, é dizer, no sentido de que a atividade administrativa encontra um limite formalmente insuperável na lei, a qual pode estabelecer proibições a determinadas atividades, tanto no que concerne às finalidades a alcançar, como no que se refere aos meios e formas a seguir para isto. Mas, se entende também, e sobretudo, em sentido positivo, e não somente no sentido de que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinadas finalidades ou a determinados meios ou formas, mas também no sentido de que [...] a Administração só pode fazer aquilo que a lei permite, sobretudo no que concerne a atividade de caráter jurídico.⁷³

Encontramos a idéia de submissão à lei numa relação de conformidade na mais autorizada doutrina, valendo os ensinamentos que destacados a seguir.

Inaugurando a série de referências, as preciosas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

A atividade administrativa deve não apenas ser exercida sem contraste com a lei, mas, inclusive, só pode ser exercida nos termos de autorização contida no sistema legal. A legalidade na Administração não se resume à ausência de oposição à lei, mas pressupõe autorização dela, como condição de sua ação.⁷⁴

⁷³ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. Tradução espanhola por Buenaventura Pellié Prats. 3ª ed. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1970. P.12.

⁷⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 76.

Hely Lopes Meirelles sintetiza essas noções, ao afirmar que “*enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza*”⁷⁵.

No mesmo sentido, Lúcia Valle Figueiredo, ao abordar o princípio da legalidade como integrante do regime jurídico administrativo, explica que “*há que se entender como regime de estrita legalidade não apenas a proibição da prática de atos vedados pela lei, mas, sobretudo, a prática, tão-somente, dos expressamente por ela permitidos*”⁷⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro apregoa que “*na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei*”.⁷⁷

José dos Santos Carvalho Filho assevera que “*o princípio da legalidade é a diretriz básica da conduta dos agentes da Administração. Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Não o sendo, a atividade é ilícita.*”⁷⁸

Diógenes Gasparini contribuiu para a adequada percepção do princípio da legalidade com os seguintes ensinamentos:

O princípio da legalidade, resumido na proposição *suporta a lei que fizeste*, significa estar a Administração Pública, em toda a sua atividade, presa aos mandamentos da lei, deles não se podendo afastar, sob pena de invalidade do ato e responsabilidade de seu autor. Qualquer ação estatal, sem o correspondente calço legal ou que exceda ao âmbito demarcado pela lei, é injurídica e expõe-se à anulação. Seu campo de atuação, como se vê, é bem menor que o do particular. De fato, este pode fazer tudo que a lei permite e tudo que a lei não proíbe; aquela só pode fazer o que a lei *autoriza* e, ainda assim, *quando* e *como* autoriza.

Assentar, portanto, o entendimento de que a autonomia da vontade que rege o comportamento dos particulares não se verifica presente na Administração Pública, sendo esse o grande diferencial das atuações pública e privada, e ainda, repisar a absoluta submissão da Administração Pública à lei, torna-nos possível avançar nesse trabalho, a partir da soma das idéias até aqui expostas, quais sejam, a de que o Estado, no exercício da função

⁷⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. p. 88.

⁷⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 36.

⁷⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 20ª ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 58.

⁷⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito administrativo*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 13.

administrativa, foi escolhido pelo Direito para realizar o bem comum, de acordo com o que o próprio Direito dita por bem comum.

Esse bem comum estabelecido pela lei sintetiza a idéia de interesse público que, sem delongas, foi bem conceituado por Celso Antônio Bandeira de Mello como “o interesse resultante do conjunto de interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem”⁷⁹.

1.2. O princípio da legalidade nas relações de sujeição especial

Questão que permeia a dicotomia relação de sujeição geral – relação de sujeição geral, nos dias de hoje, concentra-se, sobretudo, em eventual mitigação, flexibilização, modulação ou matização do princípio da legalidade nas relações de sujeição especial.

Muito embora o assunto tenha sido objeto de estudo da mais autorizada doutrina estrangeira, como a de Gallego Anabidarte, Eduardo García de Enterría e Thomaz Ramon Fernandes, Renato Alessi, Gomes Canotilho, Jorge Miranda, dentre outros, o fato é que só se pode buscar uma opinião acerca do assunto com os olhos voltados para determinados ordenamentos jurídicos, o que nos faz optar por mencionar apenas a doutrina brasileira neste tópico.

A incidência do princípio é ponto superado, revelando-se importante para o desenvolvimento do presente trabalho, a verificação quanto à “normal” ou “anormal” incidência, e sobre o tema trazemos a seguir como se posiciona a respeitável doutrina brasileira.

Daniel Ferreira defende a possibilidade de se estabelecer, mediante atos jurídicos abstratos – gerais ou individuais – obrigações, proibições e sanções pelo descumprimento das primeiras, nas hipóteses de sujeição especial, por haver um espaço residual para produção normativa de índole inferior à lei. Ressalta, no entanto, que esse espaço encontra limite na lei, tal como nas relações de sujeição geral. Nas palavras do autor:

⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 61.

Quando o caso versar sobre um sujeito de direitos (pessoa física ou jurídica) mais aproximado do Poder Público e por especial liame – como um vínculo estatutário ou contratual, por exemplo -, haverá um espaço residual para produção normativa de índole inferior. Portanto através de atos jurídicos individuais (bilaterais, como um contrato) ou gerais (unilaterais, qual o regulamento), mas sempre abstratos, e que poderão validamente estabelecer, dentro de certos limites, as obrigações e/ou proibições e as correspondentes sanções por conta de seu descumprimento. Os limites, entretanto, são os mesmos; os da lei – formalmente, materialmente e teleologicamente compreendida e aplicada.⁸⁰

Regis Fernandes de Oliveira dá sua contribuição para o assunto afirmando que, em determinadas matérias há impossibilidade jurídica de a lei ser exaustiva na descrição de comportamentos ilícitos sob pena de invadir esfera própria do Executivo, como, por exemplo, na disciplina interna de um estabelecimento oficial de ensino. Para o autor, a lei deve estatuir a competência para a atividade normativa infralegal (regimento) e as sanções a serem aplicadas.

Salienta o autor que “*não se cuida de delegação inconstitucional. A previsão genérica está estabelecida*”.⁸¹

No mesmo sentido é o magistério de José Roberto Pimenta Oliveira, que admite a possibilidade de criação de tipos infracionais por ato normativo infralegal, na impossibilidade lógica de a atividade tipificante ser exercida pelo legislador, em razão da natureza da atividade, sendo indispensável, tão somente, que a lei veicule a autorização da competência sancionatória. Diz o autor:

Na impossibilidade lógica de estabelecimento legislativo, mesmo via conceitos indeterminados, das hipóteses infracionais, em razão da natureza da atividade objeto da regulação, admite-se que haja apenas a autorização da competência sancionatória, de modo genérico, devendo haver necessariamente o desdobramento administrativo normativo das infrações colhidas no âmbito da disciplina legal com o respectivo atrelamento das sanções legalmente fixadas.⁸²

⁸⁰ FERREIRA, Daniel, *Teoria geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*, pp. 42-43.

⁸¹ OLIVEIRA, Regis Fernandes, *Infrações e sanções administrativas*, pp. 56-57.

⁸² OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 475.

Fabio Medina Osório, ao tratar das infrações disciplinares – situação dos servidores públicos amplamente aceita como sendo uma verdadeira relação de sujeição especial, defende a incidência “normal” do princípio da legalidade. Em seus dizeres:

O certo é que os princípios básicos que regem o Direito Administrativo Sancionador estão mantidos no campo das infrações disciplinares, v.g. legalidade, tipicidade, *non bis in idem* (em medidas distintas), irretroatividade das normas sancionadoras, culpabilidade, presunção de inocência e devido processo legal.⁸³

O jurista gaúcho, ao tratar dos tipos sancionadores em categorias distintas, como os ilícitos praticados por agentes submetidos a relações especiais de sujeição e os agentes particulares sujeitos à atividade punitiva do Estado, assinala que tais distinções “*operam importantes e fundamentais efeitos, seja no alcance das normas proibitivas, seja no significado das exigências relacionadas a elementos anímicos ou pressupostos de responsabilidade.*”⁸⁴

Entretanto, em relação ao princípio da legalidade e demais princípios correlatos às infrações e sanções administrativas, nega uma matização diferenciada específica para tais relações, explicando que o conteúdo concreto de tais princípios sofrem variações independentemente de se estar diante de uma relação geral ou especial de sujeição:

Sem embargo, insisto com a idéia de que as distinções, nessa seara, não invalidam a construção de um regime jurídico básico para o Direito Administrativo Sancionador, com a percepção de uns princípios fundamentais, ainda que o conteúdo concreto de tais princípios possa variar em conformidade com determinadas circunstâncias. Necessário sempre enfatizar que essas variações são normais no interior mesmo de sistemas altamente consolidados, como ocorre com o sistema penal, em que o princípio da legalidade admite alcances múltiplos, conforme se trate de tipos dotados de elementos conceituais necessariamente indeterminados ou não.⁸⁵

Parece-nos vir, no mesmo sentido, o entendimento de Carlos Ary Sundfeld, que leciona os diversos graus e peculiaridades do princípio da legalidade conforme a natureza da atividade estatal (criação e organização de órgãos e pessoas administrativas, atividade interna da Administração e relacionamento com particulares).

⁸³ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 133.

⁸⁴ OSÓRIO, Fabio Medina, *Direito administrativo sancionador*, p. 203.

⁸⁵ OSÓRIO, Fabio Medina, *Direito administrativo sancionador*, p. 203.

E adverte que, mesmo no relacionamento com particulares, o conteúdo do princípio é distinto, quando se tratar das relações gerais decorrentes da autoridade genérica do Estado (o que chama de administração ordenadora, expressão que propõe em substituição à expressão poder de polícia) ou das relações jurídicas caracterizadas por um vínculo especial (relações especiais de sujeição). Nessas últimas, citando como exemplos o particular que se torna integrante da Administração, recebe delegação de atividade estatal, contrata com a Administração, utiliza serviço público ou se beneficia de uso especial de bem público, esclarece:

Ao atuar nesse campo, o particular não é livre, podendo agir apenas nos termos e condições definidas pelo Estado. Decerto que, por força do princípio da legalidade estampado no art. 37, caput, da Constituição Nacional, a lei é o instrumento normal para a definição dos direitos e deveres dos particulares quando entram em relação especial com o Estado. Porém, na lacuna da lei, não se pode afirmar a vigência, em favor dos particulares, da regra de liberdade, de modo a permitir-lhe a fruição livre (isto é, nas condições que julgarem adequadas) de serviço público, p.ex. [...] Assim, quando atuam em campo estatal, os administrados podem ser submetidos aos direitos e deveres impostos – em decorrência de lacuna legal – por norma administrativa.⁸⁶

Luis Manuel Fonseca Pires admite um abrandamento ou mitigação do princípio da legalidade em ditas relações de sujeição especial, decorrentes de submissão espontânea (não se incluindo, no permissivo, os que se encontram em relação especial obrigatoriamente, como os presos), no sentido de relevar o uso mais amiúde de conceitos jurídicos indeterminados. Para esse autor, a vagueza dos conceitos legais é naturalmente reduzida se a norma em questão versar sobre uma relação de sujeição especial, citando como exemplo hipotético, a expressão “comportamento indevido” representaria maior ou menor vagueza caso inserida numa norma voltada à coletividade em geral ou numa norma voltada para servidores públicos.⁸⁷

Heraldo Garcia Vitta verifica uma mitigação do princípio da legalidade nas hipóteses em que o legislador não tem como prever todos os comportamentos possíveis dos particulares. Entretanto, assinala que essa é uma condição necessária, porém não suficiente para justificar a criação de tipos infracionais e sanções por atos infralegais. Para ele, o apego

⁸⁶ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo ordenador*. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 30-31.

⁸⁷ PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações administrativas à liberdade e à propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pp. 170-172.

ao princípio da legalidade é maior ou menor conforme a intensidade do liame que aproxima o particular do Estado.⁸⁸

Por fim, assevera que alguns limites têm que ser observados porque o Direito deve oferecer o máximo de segurança aos indivíduos, com a disponibilização de meios para contenção de excessos, e assim arremata seu posicionamento:

Assim, a competência do agente deve estar plasmada na lei – não poderá atuar sem lei que lhe confira as respectivas atribuições; ato administrativo algum poderá determinar competências ao agente público, para que este estabeleça deveres e sanções. Além disso, devem-se observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, no estabelecimento de deveres e das sanções.⁸⁹

Rafael Munhoz de Mello, adotando posição um pouco mais rígida em relação ao assunto e partindo do entendimento de que integra o princípio da legalidade algumas garantias como a descrição do ilícito e respectiva sanção por meio de lei, além da tipicidade e irretroatividade, admite uma certa relativização do princípio da legalidade, apenas no que diz respeito à descrição tipificante da infração. Para o autor, a lei pode criar os tipos de maneira imprecisa, deixando, para o regulamento, a delimitação do tipo, não admitindo a criação das sanções por ato normativo infralegal.⁹⁰

Ao voltar a abordar o assunto anos mais tarde, parece-nos que o autor revê parcialmente seu entendimento, passando a admitir a criação das infrações por meio de regulamento, desde que a lei confira tal competência, mantendo seu posicionamento quanto às sanções, que devem, necessariamente, ser estabelecidas em lei.⁹¹

Eduardo Rocha Dias apregoa que se aplica o princípio da legalidade, indistintamente, nas relações gerais ou especiais de sujeição, asseverando que “*somente a lei pode criar uma infração e cominar-lhe a respectiva sanção*”, inclusive nas segundas.⁹²

⁸⁸ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2003, p.78-79.

⁸⁹ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*, p.81.

⁹⁰ MELLO, Rafael Munhoz. A Sanção Administrativa e o Princípio da Legalidade. In: Figueiredo, Lúcia Valle (Coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública*, São Paulo: Max Limonad, 2001. pp. 176-179.

⁹¹ MELLO, Rafael Munhoz, *Princípios constitucionais do direito administrativo sancionador*, pp.165-167.

⁹² DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 69.

O jurista cearense, contudo, admite que na lei possam constar tipos infracionais mais abertos, dada a circunstância de que o rol de direitos e deveres possa ser melhor minudenciados pela Administração:

No âmbito das relações especiais de sujeição, com efeito, a lei pode se servir de tipos infracionais mais abertos, tendo em vista a circunstância de haver uma melhor definição dos direitos e deveres dos administrados. Já as infrações definidas no âmbito das chamadas relações gerais de sujeição demandam uma maior especificação, na lei, de seus pressupostos de aplicação.⁹³

Daniele Chamma Cândido, ao dedicar-se aos contratos administrativos como exemplo de relação de sujeição especial, afirma que, para o bom funcionamento do vínculo, há a flexibilização de princípios como o da legalidade e da tipicidade, e, de outra mão, ampliação das competências normativa, sancionatória e fiscalizatória, além da discricionariedade da Administração.

Para a autora, o princípio da legalidade também sofre mitigação:

O princípio da legalidade é, então, matizado, mitigado, pois uma previsão extremamente minuciosa das regras internas dos contratos administrativos pela lei, além de ser materialmente impossível para o legislador, poderia inviabilizar a satisfação do interesse público.⁹⁴

Desse apanhado geral, constatamos que salvo as vozes dissonantes de Fábio Medina Osório e Eduardo Rocha Dias e, mesmo assim, sob fundamentos distintos, a maior parte da doutrina pátria é uníssona ao admitir um grau de mitigação ou de flexibilização do princípio da legalidade em matéria de sujeição especial, não o demonstrando, porém, de forma unívoca.

Para alguns autores, atende a legalidade mitigada a previsão de regras de competência estabelecidas na lei, tanto para estabelecer tipos infracionais, como para estabelecer as correspondentes sanções, enquanto que, para outros, as sanções devem estar definidas na lei.

⁹³ DIAS, Eduardo Rocha, *Sanções administrativas aplicáveis a licitantes e contratados*, p. 77.

⁹⁴ CÂNDIDO, Daniele Chamma. *Competência Sancionatória nos Contratos Administrativos*. 2009. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 61.

Alguns dos autores citados não chegam ao detalhamento de suas posições quanto à previsão de infrações e sanções pela lei, optando por justificar a mitigação do princípio da legalidade na aceitação e adequação de tipos abertos e conceitos jurídicos indeterminados.

Em nossa opinião, a questão dos tipos abertos e dos conceitos jurídicos indeterminados relaciona-se mais com uma faceta da legalidade, qual seja, a tipicidade – adiante tratado – do que com a legalidade em si.

Sem embargo, entendemos que não se extrai, da ordem jurídica, nenhuma norma que autorize a mitigação do princípio da legalidade, pois, entendemos que mitigar um princípio ou regra não tem outro significado que não o de enfraquecimento ou âmbito de não incidência.

O receio de se alargar por demais a noção de relação de sujeição especial reside nos valores consagrados pelo Estado de Direito, sobretudo o respeito aos direitos fundamentais e a incidência (com maior ou menor grau) do princípio da legalidade. Ou seja, se refutam as concepções mais elásticas e amplas das características e exemplos de sujeição especial para evitar as implicações, como a mitigação do princípio da legalidade.

Contudo, entendemos que não há implicação direta e imediata da diminuição concreta do princípio da legalidade nas relações de sujeição especial. O que se verifica é uma modulação específica, para cada tipo de relação considerada como de especial sujeição, sempre que a normatização do diferenciado vínculo requerer complementação administrativa, ainda que seja no estabelecimento de pressupostos para aplicação de sanções.

Inadmitimos uma regra específica e rígida de modulação do princípio da legalidade para as relações de sujeição especial, concebidas, num bloco só, como uma categoria própria e autônoma.

Nesse sentido, assentimos com Fabio Medina Osório quando ensina que o princípio da legalidade comporta múltiplas modulações, não necessariamente relacionadas às relações de sujeição especial. Exemplos do que se afirma são as normas penais em branco e os tipos abertos no direito penal.

Outro ponto nevrálgico na busca por um regime jurídico específico para as relações de sujeição especial reside em eventual restrição aos direitos fundamentais. Quanto a tal aspecto, é importante salientar que restrição a direito fundamental não pode ser confundido com a própria delimitação do direito. Nenhum direito, nem mesmo os fundamentais, tem dimensão absoluta e ilimitada, devendo todos se acomodar mutuamente, ora prevalecendo um, ora prevalecendo outro, dependendo do caso.

Os princípios, diferentemente das regras, comportam maior flexibilidade, alargando-se e encolhendo-se diante da colisão com outro princípio.

A liberdade de expressão, v.g., é um direito fundamental, mas encontra seus limites, na própria lei: o indivíduo que não tem apreço por outro não pode desferir-lhes desaforos e desabafos como bem lhe convier, pois, se o fizer com certo excesso, poderá violar a honra subjetiva do destinatário dos desaforos e incorrer em crime. Portanto, quando confrontante a liberdade de expressão com a honra subjetiva de outrem, o primeiro se encolhe cedendo espaço ao segundo.

Portanto, entendemos que uma coisa é a modulação concreta de um princípio ou de um direito fundamental e outra coisa é flexibilização ou mitigação de um direito fundamental ou de um princípio, como o da legalidade.

O sentido do disposto no art. 5º, II, da Constituição da República não pode significar uma liberdade absoluta e irrestrita. Afirma Chaim Perelman, que “*nenhum direito pode ser exercido de uma forma desarrazoada, pois o que é desarrazoado não é o direito.*”⁹⁵

Apenas se concebido como um direito ilimitado e absoluto, o que nos parece equivocado, é que se admitiria alguma flexibilização de direitos fundamentais nas relações de sujeição especial. Nosso entendimento, no entanto, é no sentido de que modulações específicas não são mais do que a conformação e a dimensão do próprio direito.

⁹⁵ PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

Portanto, a complementação de comandos genéricos legais, por meio de atos infralegais não configura, por si, mitigação do princípio da legalidade a caracterizar toda e qualquer relação de sujeição especial.

2. Princípio da tipicidade

Corolário da legalidade é o princípio da tipicidade em matéria de infrações e sanções administrativas, segundo o qual, os tipos devem estar descritos suficientemente na norma previamente editada, para que uma dada conduta possa ser considerada ilícita.

No caso impende enfrentar duas questões: se o princípio incide com a mesma intensidade com que com o que o mesmo é aplicado no Direito Penal e se é concebível alguma mitigação do princípio nas relações de sujeição especial, e portanto, em matéria de licitações e contratos administrativos.

Propomo-nos a tratar de primeira questão a partir do que se entende por tipicidade em matéria penal.

Para Magalhães Noronha, o tipo “*é a descrição da conduta humana feita pela lei correspondente ao crime*”⁹⁶ e prossegue:

Ao mesmo tempo em que o legislador, definindo o delito, cria o tipo, exige o interesse individual, em todo regime de liberdade, que a ação humana se lhe ajuste. É o que se denomina tipicidade. Consequentemente, não existe crime sem tipicidade, isto é, sem que o fato se enquadre em um tipo, o que vale dizer que não há crime sem lei anterior que o defina (*nullum crimen sine lege*).⁹⁷

Guilherme de Souza Nucci opta por nomear a descrição do tipo infracional como correlata ao princípio da taxatividade e ressalta a importância da descrição legal da conduta repreensível:

[...] significa que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida por parte do destinatário da norma. A construção de tipos penais incriminadores

⁹⁶ NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 37ª ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 100.

⁹⁷ NORONHA, E. Magalhães, *Direito Penal*, p. 101.

dúbios e repletos de termos valorativos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera de liberdade dos indivíduos.⁹⁸

Julio Fabrini Mirabete explica que a “tipicidade é a correspondência exata, a adequação perfeita entre o fato natural, concreto, e a descrição contida na lei”⁹⁹, e tipo é o conjunto dos elementos descritivos do crime contidos na lei penal.”¹⁰⁰

Sobre infrações e sanções administrativas, em Espanha, Alejandro Nieto explica que o que se “denomina mandato de tipificação coincide com a velha exigência da *lex certa* e com a o que habitualmente se usa chamar de princípio de determinação (precisa) e, mais recentemente todavia, princípio da taxatividade, cujos confessados objetivos se estribam em proteger a segurança (certeza) jurídica e a redução da discricionariedade ou arbítrio na aplicação do Direito.”¹⁰¹

Eduardo Garcia de Enterría e Tomás-Ramón Fernandez acrescentam, na noção de tipicidade, além da descrição da conduta específica, sua conexão a uma sanção administrativa. Para os autores,

A especificidade da conduta a tipificar vem de uma dupla exigência: do princípio geral de liberdade, sobre o qual se organiza todo o Estado de Direito, que impõe que as condutas sancionáveis sejam exceção a essa liberdade e, portanto, exatamente delimitadas, sem nenhuma indeterminação [...] e, em segundo lugar, a correlativa exigência de segurança jurídica [...], que não se cumpriria se a descrição do sancionável não permitisse um grau de certeza suficiente para que os cidadãos pudessem predizer as conseqüências de seus atos (*lex certa*).¹⁰²

Por mera amostragem, denota-se que a noção de tipicidade para os penalistas não difere da noção de tipicidade que comumente é professada no ramo das infrações

⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 35.

⁹⁹ MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. v. I. São Paulo: Atlas, 1991, p. 110.

¹⁰⁰ MIRABETE, Julio Fabrini, *Manual de Direito Penal*, p. 111.

¹⁰¹ No original: “Lo que aquí se denomina mandato de tipificación coincide con La vieja exigência de La Lex certa y con lo que habitualmente suele llamarse principio de determinación (precisa) e, más recientemente todavia, principio de taxatividad, cuyos confesados objetivos estribam em proteger La seguridad (certeza) jurídica y la reducción de la discrecionalidad ou arbitrio em la aplicación Del Derecho.” NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2006. p. 297.

¹⁰² No original: “La especificidad de la conducta a tipificar viene de una doble exigencia: del principio general de libertad, sobre el que se organiza todo El Estado de Derecho, que impone que las conductas sancionables Sean excepción a esa libertad y, por tanto, exactamente delimitadas, sin ninguna indeterminación [...]; y, em segundo término, a la correlativa exigencia de la seguridad jurídica [...], que no se cumpliría si la descripción de lo sancionable no permitisse um grado de certeza suficiente para que los ciudadanos puedan predecir las consecuencias de sus actos (Lex certaa)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Argentina: Thomson Civitas, 1977. pp.177-178

administrativas, que é a descrição precisa do comportamento ilícito e das conseqüências (sanções) a que está sujeito o indivíduo que revele tal comportamento.

Conquanto seja remansosa a questão da incidência do princípio da tipicidade em matéria penal, sendo clássico o conceito extratificado de crime como conduta típica, antijurídica e culpável, o mesmo não ocorre em relação às infrações e sanções administrativas.

De um lado sustenta-se que os princípios da segurança jurídica e da legalidade reclamam antecipado conhecimento das condutas juridicamente reprováveis, e de outro, reconhece-se a insuficiência (novamente a impossibilidade e a inviabilidade) do legislador em prever todas as hipóteses dessas condutas. Há quem diga que a tipicidade é exclusiva do Direito Penal em razão da natureza do bem jurídico de que primordialmente trata, que é a liberdade.

No Brasil, Maria Sylvia Zanella di Pietro defende o princípio da atipicidade em direito administrativo, negando a aplicação do *nullum crimen, nulla poena sine lege*), porque muitas infrações administrativas não são descritas com precisão na lei, dando, como exemplo, as infrações previstas no art. 87, da Lei 8.666/93 e as expressões “procedimento irregular”, “ineficiência no serviço” e “falta grave” no caso dos servidores públicos. Para a autora, “*a Administração é inteiramente livre para enquadrar determinadas faltas funcionais em uma ou outra categoria*”, ressalvando, porém, que a discricionariedade fica reduzida diante do caso concreto, pelo exame do motivo.¹⁰³

Portanto, a autora admite a validade de das condutas descritas a partir de conceitos jurídicos indeterminados em Direito Administrativo, reconhecendo que a maior parte das infrações ficam sujeitas à análise discricionária da autoridade julgadora e ressaltando a fundamental relevância da motivação do ato, para a aferição do correto enquadramento da falta e a dosagem adequada.

Para José Armando da Costa, a questão da tipicidade é fulcral para diferenciar os ilícitos penal e disciplinar, constatando que o segundo nem sempre exige anterior definição legal, a não ser nos casos de punições mais severas. Prossegue afirmando que, no caso da

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 633.

transgressão disciplinar, ao contrário da penal, necessita apenas de uma aproximação entre o modelo teórico descrito na norma e a conduta do servidor.¹⁰⁴

Opinião diametralmente oposta é a de Celso Antônio Bandeira de Mello, que elenca a tipicidade como um dos princípios incidentes em infrações e sanções administrativas, afirmando que a “*configuração das infrações administrativas, para ser válida, há de ser feita de maneira suficientemente clara, para não deixar dúvida alguma sobre a identidade do comportamento reprovável.*”¹⁰⁵

Fabio Medina Osório afirma que os tipos devem ser claros, suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo, dizendo, ainda que “*Não basta estruturar condutas proibidas em normas intoleravelmente imprecisas e vagas, ainda que se admitam cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados.*”¹⁰⁶

O autor reconhece que as cláusulas gerais e os conceitos jurídicos indeterminados ocorrem e podem ocorrer tanto no direito penal quanto no direito administrativo sancionador.

Heraldo Garcia Vitta divide a questão à luz da supremacia geral e especial do Estado. Quanto ao tema, esclarece o autor que a utilização de conceitos jurídicos indeterminados é admitida “*apenas quando houver a impossibilidade de o legislador prever todos os comportamentos que possam ser sancionados. Isto porque, na denominada relação especial do Estado, muitas vezes o legislador não tem como estabelecer as específicas condutas a serem sancionadas, pela diversidade de situações que podem ocorrer na realidade empírica.*”¹⁰⁷

De acordo com os ensinamentos do autor, nas relações gerais de sujeição, o princípio incide com toda a sua intensidade:

Na supremacia geral do Estado, como visto, a par de somente lei formal estabelecer as condutas e as respectivas penalidades administrativas, o princípio da tipicidade rege toda sua ‘intensidade’, isto é, para que o Estado

¹⁰⁴ COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica: 2004, pp. 203-204.

¹⁰⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 852.

¹⁰⁶ OSÓRIO, Fabio Medina. *Direito administrativo sancionador*, p. 210.

¹⁰⁷ op. cit. p. 93.

possa impor pena administrativa, urge que a conduta e também a sanção estejam previamente estabelecida em lei.

De fato, os princípios da segurança jurídica e o da boa fé obrigam o estado atuar sem surpresas, determinando, taxativamente, por meio de lei prévia, os comportamentos contrários ao Direito. Somente desse modo estar-se-á cumprindo os ditames do regime democrático de Direito.¹⁰⁸

Mas, adverte o autor que, mesmo quando a lei utiliza os conceitos abertos ou indeterminados, as sanções correlatas devem ser taxativas, posição coerente com a adotada em relação ao princípio da legalidade.

Daniel Ferreira espousa a corrente doutrinária que defende a incidência do princípio da tipicidade em matéria de infrações e sanções administrativas:

Para que haja a aplicação da penalidade, e para que se identifique a infração administrativa, impõe-se que esteja presente o 'tipo', ou seja, 'o conjunto de elementos de comportamento punível previsto na lei administrativa'. (...) Ocorrendo o fato descrito na hipótese da norma, opera-se a subsunção daquele a esta, com o que se realiza a tipicidade.¹⁰⁹

Com efeito, admitir a relativização do princípio da tipicidade em matéria sancionatória implica em atribuir, à autoridade competente, juízo discricionário em dois momentos: no primeiro, para enquadrar a conduta do indiciado a um dos modelos teóricos abertos considerados ilícitos administrativos e; no segundo, dosar a gravidade da conduta e aplicar a sanção conforme a gravidade aferida, salvo nas hipóteses precisamente descritas na norma, que vinculam determinadas condutas às correlatas sanções.

A segurança jurídica, corolário de nosso sistema, se ressentir dos conceitos jurídicos não determinados na descrição de comportamentos juridicamente reprováveis, mas, em rendição à realidade de que o legislador não é capaz de prever todas as situações que possam caracterizar ilícitos administrativos, admite-se, porém, com cautelas, a validade dos conceitos jurídicos indeterminados no campo do direito administrativo sancionatório, sobretudo nas relações de sujeição especial, por todas as razões já explicitadas acerca da figura e da matização do princípio da legalidade.

Importante salientar que nas hipóteses legais que comportem demasiada elasticidade no desfecho, haverá ofensa ao princípio da segurança jurídica e, por via reflexa,

¹⁰⁸ Sanções Administrativas, p. 86-87.

¹⁰⁹ FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 66.

aos da tipicidade e legalidade. Portanto, a admissibilidade dos conceitos jurídicos indeterminados para fins de atendimento ao princípio da tipicidade não pode e não deve ser vista como uma “autorização ao desleixo do legislador”, devendo ser considerados válidos apenas na medida da impossibilidade de uma descrição inteiramente objetiva do tipo.

A margem de liberdade que pode ser conferida à Administração é, ao mesmo tempo, necessária e prejudicial, devendo existir apenas na medida exata a possibilitar a eficiente atuação administrativa. Nunca é demasiado enfatizar que discricionariedade não se confunde com arbitrariedade, sendo certo que cada vez mais se reconhecem limitações a essa margem de liberdade, consubstanciadas, principalmente, na necessidade de motivação, orientada pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Nosso entendimento sobre o assunto vem no sentido do que professa a doutrina que entende pela incidência do princípio da tipicidade, em matéria de direito administrativo sancionador, com a mesma intensidade com que o princípio incide no direito penal, pois o que sustenta tal posicionamento é o princípio da segurança jurídica.

Em nossa opinião, Mirabete traz uma solução interessante com relação ao assunto. O autor classifica a tipicidade entre normal e anormal. Na tipo normal, a norma só traz elementos objetivos, cujo conhecimento opera-se por simples verificação sensorial, ao passo que, no tipos anormais, há um conteúdo valorativo e subjetivo no conhecimento do crime.

Para o autor,

Tipos anormais são descrições legais de fatos que contêm não só elementos objetivos referentes ao aspecto material do fato, mas também alguns outros que exigem apreciação mais acurada da conduta, quer por conduzirem a um julgamento de valor, quer por levarem à interpretação de termos jurídicos ou extrajurídicos, quer, ainda, por exigirem aferição do ânimo ou do intuito do agente quando da prática da ação.¹¹⁰

Espelhando-nos nas lições do penalista, entendemos que a tipicidade pode ser classificada em normal e anormal, sendo normal a descrição objetiva do hipotético comportamento proibido; e anormal, a descrição contendo elementos não objetivos, como os

¹¹⁰ MIRABETE, Julio Fabrini, *Manual de Direito Penal*, p. 111.

conceitos jurídicos indeterminados, desde que presente a impossibilidade de eliminação de tais indeterminações pela ordem jurídica.

O administrado deve ter ciência dos comportamentos proibidos e permitidos para que possa escolher entre revelar conduta lícita ou ilícita, conhecendo, de antemão, também, as consequências a que está sujeito. E, ainda que o comportamento proibido venha descrito na norma mediante o uso de conceitos jurídicos indeterminados, o indivíduo deve, ao menos, cogitar que um dado comportamento possa ser considerado ilícito, com base em meridiano bom senso.

O assunto ainda comporta duas últimas observações: a primeira é a que a tipicidade de que falamos não é, necessariamente, a tipicidade legal, considerando lei em sentido formal, pois, como já advertimos anteriormente, situações haverá – e o campo que mais propicia isso é o das relações de sujeição especial – em que a pormenorização da descrição dos comportamentos ilícitos ocorrerá em âmbito infralegal¹¹¹ (regulamentos, rregimentos, instrumento convocatório de licitação, contrato administrativo, etc.).

¹¹¹ Sobre o assunto, confirmam-se os seguintes julgados:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE AUTO DE INFRAÇÃO. AFERIÇÃO EM BOMBAS DE COMBUSTÍVEIS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ART. 8º DA LEI 9.933/99. PENALIDADES. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO ISOLADA OU CUMULATIVA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE ESTRITA. PLENA OBSERVÂNCIA.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia. 2. Ainda que por fundamentos diversos, o aresto atacado abordou todas as questões necessárias à integral solução da lide, concluindo, no entanto, que: (a) não há dispositivo legal que preceitue a aplicação sucessiva das penas por infração dos dispositivos da Lei 9.933/99, de molde a dar precedência à penalidade de advertência; (b) a exigência das multas tem lastro em prévia autuação, não tendo sido demonstrada a preterição de formalidades legais ou a supressão do direito de defesa na via administrativa. 3. O art. 8º da Lei 9.933/99 não prevê ordem na aplicação das penas que estipula. Ao revés, dispõe expressamente que tais penalidades podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, sem a necessidade de se advertir, previamente, o administrado, para que possa sanar o defeito constatado pela autoridade administrativa. 4. Os atos da Administração Pública devem sempre pautar-se por determinados princípios, entre os quais está o da legalidade. Por esse princípio, todo e qualquer ato dos agentes administrativos deve estar em total conformidade com a lei e dentro dos limites por ela traçados. 5. A aplicação de sanções administrativas, decorrente do exercício do poder de polícia, somente se torna legítima quando o ato praticado pelo administrado estiver previamente definido pela lei como infração administrativa. 6. "Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação" (REsp 324.181/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 12.5.2003). 7. Hipótese em que a autoridade administrativa, na fixação do valor da multa, observou os limites definidos no art. 9º da Lei 9.933/99. Não cabe ao Poder Judiciário adentrar o mérito do ato administrativo. 8. "Nos atos discricionários, desde que a lei confira à administração pública a escolha e valoração dos motivos e objeto, não cabe ao Judiciário rever os critérios adotados pelo administrador em procedimentos que lhe são privativos, cabendo-lhe apenas dizer se aquele agiu com observância da lei, dentro da sua competência" (RMS 13.487/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 17.9.2007). 9. Recurso especial desprovido. (REsp 983.245/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 12/02/2009)

Assim, ainda que norma de inferior calibre cumpra o papel de descrever o tipo (sempre observados os limites impostos pela lei), estará atendido o princípio da tipicidade, podendo se afirmar que, ao menos no que diz respeito às relações de sujeição especial, e aqui já incluídos o procedimento licitatório e o contrato administrativo, não haverá ilícito sem norma jurídica anterior que o defina, norma cuja edição é totalmente limitada por um comando maior (lei ou Constituição).

Legalidade – tipicidade

ADMINISTRATIVO - SANÇÃO PECUNIÁRIA - LEI 4.595/64.

1. Somente a lei pode estabelecer conduta típica ensejadora de sanção.
2. Admite-se que o tipo infracionário esteja em diplomas infralegais (portarias, resoluções, circulares etc), mas se impõe que a lei faça a indicação.
3. Recurso especial improvido.

(REsp 324181/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/04/2003, DJ 12/05/2003 p. 250)

Criação de sanção por resolução – impossibilidade

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MULTA APLICADA POR TRIBUNAL DE CONTAS DE MUNICÍPIO. PENALIDADE CRIADA POR MEIO DE RESOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.

I - Sem dúvida alguma, os Tribunais de Contas de Goiás têm competência para estabelecer procedimento administrativo e para aplicar multa, tendo em vista o cumprimento de sua missão de praticar atos de fiscalização, ex vi dos artigos 71 a 75 da Constituição Federal, os quais foram repetidos na Constituição do Estado de Goiás, no seu artigo 26, que se aplica, por força do artigo 80, § 4º, outrossim, aos Tribunais de Contas dos Municípios.

II - Nada obstante, a questão que exsurge no recurso ordinário vertente diz respeito à possibilidade da cominação de multa criada por meio da Resolução Normativa RN-TCM n. 008/00, que prevê seja aplicada tal sanção quando inobservado o prazo de 45 dias para a entrega do Relatório de Gestão Fiscal ao Tribunal de Contas do Município.

III - Neste caso específico, a jurisprudência deste eg. Tribunal, como bem relevou o Ministério Público Federal, conclui que não detêm atos administrativos normativos, no caso uma resolução, o poder de criar sanções administrativas, as quais dependem de lei em sentido estrito.

IV - A aplicação de multa criada por meio de resolução administrativa afronta o princípio da legalidade. Precedentes citados: REsp nº 793.201/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Turma, DJ de 26/10/2006; REsp nº 274423/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ de 20/03/2006; RMS nº 15.578/PB, Rel. p/ Acórdão Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 09/12/2003.

V- Recurso ordinário provido.

(RMS 24.734/GO, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/11/2008, DJe 12/11/2008)

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGOS 5º, 8º, 9º, 10, 13, § 1º, E 14 DA PORTARIA Nº 113, DE 25.09.97, DO IBAMA. Normas por meio das quais a autarquia, sem lei que o autorizasse, instituiu taxa para registro de pessoas físicas e jurídicas no Cadastro Técnico Federal de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais, e estabeleceu sanções para a hipótese de inobservância de requisitos impostos aos contribuintes, com ofensa ao princípio da legalidade estrita que disciplina, não apenas o direito de exigir tributo, mas também o direito de punir. Plausibilidade dos fundamentos do pedido, aliada à conveniência de pronta suspensão da eficácia dos dispositivos impugnados. Cautelar deferida.

(ADI 1823 MC, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/1998, DJ 16-10-1998 PP-00006 EMENT VOL-01927-01 PP-00053 RTJ VOL-00179-03 PP-01004)

A segunda observação consiste na necessidade de a norma, ainda que de índole infralegal estabeleça uma correspondência tanto quanto possível exata, entre o ilícito e a sanção correspondente, como mecanismo de redução da discricionariedade.

Vertendo esse entendimento para licitações e contratos administrativos à luz do que dispõe a Lei 8.666/93, é de fácil percepção que tal diploma prescreve infrações de modo genérico, sem atender ao princípio da tipicidade, além de não estabelecer, via de regra, a correspondência entre o ilícito e a sanção cabível.

Não fosse a relevantíssima finalidade do instrumento convocatório e do próprio contrato administrativo que, como visto anteriormente, devem dispor sobre um determinado certame e uma determinada relação jurídica, seria o caso de imputar inconstitucionalidade aos preceitos da lei geral de licitações, concernentes a algumas infrações e sanções.

E é esse o entendimento de Marçal Justen Filho:

No caso da Lei nº 8.666/93, essa é a situação verificada. Determina-se que a inexecução dos deveres contratuais acarreta a imposição de sanção, a qual pode consistir em advertência, multa, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade. Até se pode determinar o conceito de 'inadimplemento' ou 'violação a deveres contratuais', mas é inviável discriminar os casos de cabimento de cada espécie de sanção.

Ora, a figura-se inconstitucional e incompatível com a ordem jurídica brasileira argumentar que a autoridade administrativa disporia da faculdade discricionária de escolher, no caso concreto, a sanção cabível. Essa solução infringe o sistema constitucional. Seria possível apontar um longo elenco de disposições constitucionais infringidas. Porém, bastam os incs. XXXIX e XLVI do art. 5º da Constituição. Definir infração e regular a individualização da sanção significa determinar com certa precisão os pressupostos de cada sanção cominada em lei.

O tema desperta especial atenção no âmbito da Lei nº 8.666/93, que contemplou um elenco de sanções, mas não definiu, de modo razoavelmente preciso, as hipóteses de sua aplicação. Tenho defendido a tese da infração ao princípio da legalidade, sob o fundamento de que não é compatível com a Constituição remeter à discricionariedade administrativa a eleição das infrações e a determinação das hipóteses de incidência de aplicação de punições.

A continuidade da situação de omissão legislativa acaba tornando inócuas ponderações tais como essa, na medida em que não é admissível que a lesão aos interesses fundamentais permaneça impune. Cabe apenar os infratores, mas sem prestigiar o arbítrio e a prepotência. A solução consistiria em exigir

que, por meio de ato regulamentar ou no corpo do próprio edital, fossem estabelecidos pressupostos básicos delimitadores do sancionamento.¹¹²

Em que pese nossa opinião acerca da possibilidade de aprimoramento do texto legal concernente ao tema, é forçoso admitir que uma lei geral de licitações jamais prescindirá de normas complementares voltadas especificamente ao específico interesse público subjacente à licitação e à contratação, tendo em vista que as múltiplas qualidades e especificidades de contratações impossibilitam que a lei descreva os tipos de maneira clara, precisa e objetiva.

Portanto, em matéria de licitações e contratos, tanto o instrumento convocatório como o contrato deverão trazer concreção ao texto legal, atendendo à exigência de tipificação indissociável da legalidade e da segurança jurídica que permeiam e caracterizam o Estado de Direito.

3. Culpabilidade

Incide em matéria de infrações e sanções administrativas o princípio da culpabilidade. Para a caracterização da infração é necessário que haja a reprovabilidade da conduta, mediante culpa ou dolo.

Como ensina Alejandro Nieto, *“para verificar a existência de uma infração administrativa e impor a sanção correspondente, há que se percorrer um longo caminho analítico, cujo primeiro passo é a constatação da antijuridicidade (contrastando os fatos cometidos com o ordenamento jurídico, deduzir uma eventual contradição entre ambos e descartar a presença de causas de justificação) e a continuar, com o exame dos pressupostos pessoais de culpabilidade [...], pois só é sancionável uma ação antijurídica realizada por um autor culpável.”*¹¹³ No mesmo sentido é o magistério de Fábio Medina Osório¹¹⁴.

Para nós, culpabilidade se refere à reprovabilidade da conduta, é dizer, tendo o sujeito como agir conforme a ordem jurídica, não o fez. E a reprovabilidade é normativa, isto

¹¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009. pp. 848-849.

¹¹³ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, p. 371-372.

¹¹⁴ OSÓRIO, Fábio Medina, *Direito administrativo sancionador*, p. 312.

é, se revela quando estão presentes a conduta típica a antijurídica¹¹⁵ (não apenas antimorativa).

Como afirma Alejandro Nieto, “o princípio da culpabilidade não se esgota com a mera exigência de dolo ou culpa”¹¹⁶, devendo ser entendido em sentido mais amplo de reprovabilidade, assim verificando a responsabilidade pessoal do indivíduo.

Fabio Medina Osório enfatiza que a culpabilidade encerra um forte significado de ‘evitabilidade’¹¹⁷, e é nesse sentido que acatamos a corrente doutrinária que professa o princípio da culpabilidade em matéria de infrações administrativas.

Conquanto haja uma profícua discussão acerca da extensão do princípio da culpabilidade, nos termos por nós propostos, é importante salientar que na noção de culpabilidade não estão inseridos necessariamente, os elementos relacionados à intencionalidade, não se refutando, ao menos por essa razão semântica, a noção de que a voluntariedade se afigura como elemento mínimo necessário à realização do tipo, conforme entendimento de Regis Fernandes de Oliveira, Daniel Ferreira e Celso Antonio Bandeira de Mello, tese refutada por Fábio Medina Osório, Rafael Munhoz de Mello e Heraldo Garcia Vitta, apenas para exemplificar que entendem necessária culpa ou dolo para a configuração da infração.

Em pouquíssimas palavras sobre o assunto, tendemos a inadmitir a mera voluntariedade (como sinônimo de expressão de mera vontade) e fundamos nossa posição no próprio exemplo fornecido por Daniel Ferreira, sobre o motorista que se vê obrigado, por ordem de um seqüestrador a violar limitação legal para um trecho de via pública. No entendimento do autor, a infração administrativa está caracterizada porque presentes a conduta do seqüestrado, a tipicidade e a voluntariedade (o *animus* de acelerar e superar o limite de velocidade ou ignorar o sinal de contramão), mas não culpa ou dolo. Nosso entendimento sobre o caso fictício é no sentido de exclusão da antijuridicidade da conduta, pois, o motorista decidiu acelerar seu carro, não por vontade livre, mas sim em legítima

¹¹⁵ FERREIRA, Daniel. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*, pp. 296-297.

¹¹⁶ NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, p. 389.

¹¹⁷ OSÓRIO, Fabio Medina, *Direito administrativo sancionador*, p. 319.

defesa ou coação irresistível (excludentes de antijuridicidade ou causas de justificação, analisadas, mais adiante, ainda neste capítulo).

Resistimos, portanto, com as devidas vênias, a aderir à corrente doutrinária muitíssimo bem representada em nosso país, entendendo necessária a presença de culpa em sentido amplo, para a caracterização da infração.

O fato é que, mesmo para os autores que assentem à tese da voluntariedade, a admitem como elemento mínimo à caracterização de uma infração administrativa, manifestando-se pela necessidade de culpa ou dolo se a lei assim estabelecer, explícita ou implicitamente, e o tema central do nosso trabalho passa à margem da discussão, pois, a legislação brasileira, ao estatuir as infrações e sanções nas licitações e contratos administrativos, instituiu o inequívoco regime de responsabilidade subjetiva.

4. Demais Princípios incidentes

4.1. Devido Processo Legal

A cláusula do devido processo legal, conquista dos Estados de Direito, é inafastável em todo e qualquer processo que possa culminar em condenação de qualquer natureza, inclusive nos processos administrativos.

Nas palavras de Rafael Munhoz de Mello, “*o processo administrativo é um instrumento de concretização da opção constitucional de um Estado Democrático de Direito, da feita que permite não só um maior controle sobre o exercício da função administrativa, como também a participação popular no iter de formação do ato administrativo*”¹¹⁸.

O processo é instrumento assecuratório da legalidade de eventual decisão sobre o caso, mas não é qualquer formalidade que caracteriza um processo e não é qualquer processo que legitima a aplicação de sanção.

¹¹⁸ MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.227, p.83-104, 2002.

Não há como se falar em processo administrativo, sem se remeter à cláusula do devido processo legal, inserta no artigo 5º, incisos LIV e LV¹¹⁹, da Constituição Federal, prevista como uma garantia dos administrados em face das prerrogativas públicas.

O devido processo legal – *due process of law* - teve sua origem remota na Carta Magna inglesa de 1215, sob a fórmula da *law of the land* (lei da terra), surgindo, naquele momento, como uma mera garantia formal de que o direito dos homens livres – barões e proprietários de terra – só poderiam ser suprimidos de acordo com as regras constantes da lei da terra ou do direito costumeiramente aceito.

No Brasil, inicialmente, o devido processo legal também foi concebido como um mero direito processual, da feita que, ao se constatar que determinado processo observara estritamente as fases e atos previstos em lei, atendida estaria tal garantia constitucional, não se cogitando qualquer análise substancial ou de conteúdo dos atos do poder público.

Essa míngua concepção de devido processo legal revela-se praticamente inócua, pois de nada adianta assegurar o direito de oferecer defesa, se essa defesa não for levada em consideração, da mesma maneira a produção de provas, de recorrer, etc.

Contudo, com a inserção expressa da cláusula do devido processo legal na Constituição cidadã de 1988, e com o amadurecimento da noção de Estado Democrático de Direito e do princípio republicano, hoje a doutrina pátria é uníssona ao proclamar que o devido processo legal não se resume a uma sequência de formalidades, não se exaurindo no simples respeito ao procedimento previamente estabelecido, sendo imprescindível para sua caracterização a efetiva observância dos princípios e direitos fundamentais consagrados pela Carta Magna.

Sobre esse amadurecimento da noção de devido processo legal, leciona Lúcia Valle Figueiredo:

¹¹⁹ Art. 5º [...]

LIV – ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Deveras, depois da declaração de direitos individuais e coletivos, traz em seu bojo ‘o devido processo legal’ e, para que não quede dúvida, traz duas vezes. Os outros textos referiam-se à ampla defesa, mas a ampla defesa no processo penal. Claro que o Judiciário já havia feito a aplicação para o processo civil, **mas é a primeira vez que a cláusula do devido processo legal aparece em texto constitucional brasileiro, com a aceção expressa para os processos em geral, inclusive o administrativo.** **De conseguinte, impõe-se a conclusão que o conteúdo é o mesmo do Direito Americano, isto é, o devido processo legal abrangendo a igualdade substancial e formal.**¹²⁰

Portanto, o devido processo legal apresenta suas duas faces: a formal ou adjetiva, relacionada ao respeito aos procedimentos legais e a material ou substantiva, relacionada ao conteúdo decisório que deve refletir a decisão justa, assim considerada como aquela resultante, por conexão lógica indissociável, do que fora apurado nos autos, face esta, que se desdobra nas outras garantias a seguir examinadas¹²¹.

4.2. Ampla Defesa e Contraditório

Ampla defesa e contraditório e são garantias inerentes ao devido processo legal, sem os quais os processos não passariam de uma sequência de atos desconectados em substância.

A ampla defesa engloba diversos direitos reservados aos acusados e se inicia com a plena ciência dos fatos que lhes são imputados, da prévia classificação jurídica desse atos e das sanções a que está sujeito¹²², se desenvolvendo no direito de ser representado e assistido, de apresentar defesa técnica, direito de produzir provas e acompanhar sua produção e direito de interpor recurso.

Nesse sentido, os ensinamentos Hely Lopes Meirelles:

Por garantia de defesa deve-se entender não só a observância do rito adequado como a cientificação do processo ao interessado, a oportunidade

¹²⁰ Estado de Direito e Devido Processo Legal.

¹²¹ É o que Fabio Medina Osório denomina de congruência entre a decisão sancionadora e as alegações das partes. *Direito administrativo sancionador*, p. 408.

¹²² A necessidade de ciência clara dos fatos imputados, de sua qualificação jurídica e das sanções que podem ensejar foram objeto de aprofundado estudo e são defendidos por Lucía Alarcón Sotomayor, *El Procedimiento Administrativo Sancionador y Los Derechos Fundamentales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 109-120.

para contestar a acusação, produzir prova de seu direito, acompanhar os atos da instrução e utilizar-se dos recursos cabíveis.¹²³

E, também os de Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

O direito à Ampla Defesa impõe à autoridade o dever de fiel observância das normas processuais e de todos os princípios jurídicos incidentes no processo. A desatenção a tais preceitos e princípios pode acarretar a nulidade da decisão, por cerceamento de defesa.¹²⁴

O direito ao contraditório é bilateral, ou seja, reflete o direito de ouvir e de ser ouvido, não se resumindo à mera oportunidade de manifestações nos autos do processo, não se resumindo, portanto, à mera faculdade de responder às acusações ou contraarrazoar os recursos interpostos, tendo sentido e alcance muito maiores, sobretudo o direito de conhecer, poder se manifestar todas as vezes em que elementos novos são adicionados aos autos e, ainda, obter uma decisão justa, isto é, uma decisão que decorra integralmente do processado, observado o devido processo legal.

Sobre o real alcance do contraditório, a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha arremata a questão:

O contraditório garante não apenas a oitiva da parte, mas que tudo quanto se apresente ela no processo, suas considerações, argumentos, provas sobre a questão, sejam devidamente levadas em conta pelo julgador, de tal modo que a contradita tenha efetividade e não apenas se cinja à formalidade de sua presença [...].¹²⁵

A dimensão encorpada do contraditório vem expressa na Lei 9.784/98, disciplinadora do processo administrativo na esfera federal, em seu artigo 3º, inciso III¹²⁶, que assegura o direito ao interessado de que suas formulações e documentos apresentados sejam objeto de consideração pelo órgão competente.

¹²³ MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito administrativo brasileiro*.

¹²⁴ FERRAZ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 1ª Ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 71.

¹²⁵ ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/287>>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

¹²⁶ Art. 3º O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente.

Esses direitos de ampla defesa e contraditório, evidentemente, devem preceder a decisão da autoridade, ou seja, não podem ser diferidos.

4.3. Motivação

Atualmente, reconhece-se a motivação como pressuposto de validade dos atos administrativos que se consubstancia na exposição dos motivos e fato (ocorrência do fato) e de direito (motivo legal) que conduziram sua expedição, não se resumindo, pois, na mera indicação da norma que confere supedâneo à decisão, mas a explicitação dos motivos de fato e de direito que carregaram o ato.

Somente a partir de decisão motivada é possível o exame da legalidade do ato, seja pelo próprio interessado, seja por órgãos e entes de controle interno e externo, sendo pressuposto inafastável de decisões provindas de autoridades públicas no Estado de Direito.

Celso Antônio Bandeira de Mello, não só aponta o dever de motivar os atos administrativos, como reputa inválidos aqueles que não observarem a tal exigência constitucional:

Dito princípio implica para a Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo. [...]

O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece em seguida – implícito tanto no art. 1º, II, que indica a cidadania com um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo poder emana do povo, como ainda no art. 5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da motivação é reclamado quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis. [...]

Assim, atos administrativos praticados sem a tempestiva e suficiente motivação são ilegítimos e invalidáveis pelo Poder Judiciário toda vez que sua fundamentação tardia, apresentada apenas depois de impugnados em juízo, não possa oferecer a segurança e certeza de que os motivos aduzidos

efetivamente existiam ou foram aqueles que embasaram a providência contestada.¹²⁷

Novamente nos valendo da referencial obra sobre processo administrativo, trazemos o magistério de Sergio Ferraz e Adilson Abreu Dallari:

A importância óbvia do relatório dispensa desdobramentos. Soa incontestável que nele o agente decisório lançará verdadeiramente os alicerces de sua atuação dirimente; para tanto, circunscreverá a pretensão e sua contraposição, bem como descreverá [...] os elementos de persuasão carreados ao processo [...].

A motivação constitui etapa essencial da decisão administrativa.

Exigência constitucional que é (art. 93, IX), aqui e acolá também expressa na legislação ordinária [...], consiste ela, no que interessa aos propósitos deste livro, numa operação lógica pela qual, analisando as questões de fato de direito travadas no processo, o julgador fixa as razões da técnica jurídica que constituirão as premissas da decisão [...].¹²⁸

Portanto, a motivação se revela como um pressuposto de validade do ato administrativo, por ser a expressão e o fundamento do decidir, consubstanciando-se numa importante ferramenta do controle da legalidade, sem o qual, não se revelarão as virtudes ou os vícios da decisão.

4.4. Verdade material

O princípio da verdade material não incide exclusivamente nos processos penais, devendo ser observado, também nos processos administrativos, sobretudo, nos sancionatórios. Não se pode admitir, em processo sancionatório, o império da verdade formal que caracteriza um processo cível ou o felizmente sepultado princípio da verdade sabida.

A busca pela verdade material implica no dever da autoridade julgadora de buscar elementos de convicção e trazê-los aos autos, até mesmo independente do requerimento das partes.

¹²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 109-110.

¹²⁸ FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 1ª Ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002, p. 160-162.

Nos dizeres de Hector Escola, “*a verdade material deve predominar, com exclusão de qualquer outra consideração (mesmo que o administrado, por conveniência, aceite como real um feito ou circunstância não ocorrido*”¹²⁹.

4.5. Razoabilidade e Proporcionalidade

Tais princípios, ainda que não expressos no texto constitucional, são decorrentes do princípio da legalidade, em sentido amplo e ambos se localizam no campo dos conceitos jurídicos vagos ou indeterminados, reclamando esforço doutrinário que vise à sua cognição.

O princípio da razoabilidade (informador do intérprete no caso de imprecisão de conceito na norma) possui como essência a lógica do razoável, circunstância que expressa uma das faces da legalidade, apta a invalidar um ato administrativo por si quando ausente. Emprestando as reflexões de Maria Paula Dallari Bucci:

O princípio da razoabilidade, na origem, mais que um princípio jurídico, é uma diretriz de senso comum ou, mais exatamente, de bom-senso, aplicada ao Direito. Esse ‘bom-senso jurídico’ se faz necessário à medida que as exigências formais que decorrem do princípio da legalidade tendem a reforçar mais o texto das normas, a palavra na lei, que o seu espírito. A razoabilidade formulada como princípio jurídico, ou como diretriz de interpretação das leis e atos da Administração, é uma orientação que se contrapõe ao formalismo vazio, à mera observância dos aspectos exteriores da lei, formalismo esse que descaracteriza o sentido finalístico do Direito.¹³⁰

Weida Zancaner leciona que a Administração Pública, no exercício da atuação discricionária seja racional, equilibrada, sensata e atue de modo compatível com o bem jurídico que ela pretende curar¹³¹. E acrescenta:

Podemos dizer que o princípio da razoabilidade determina a coerência do sistema e que a falta de coerência, de racionalidade, em qualquer ato administrativo gera vício de legalidade, pois o Direito é feito por seres e para seres racionais, para ser aplicado em um determinado espaço e em uma determinada época.¹³²

¹²⁹ ESCOLA, Hector. *Tratado general del procedimiento administrativo*. Editora Depalma.

¹³⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 16, p. 173, 1996.

¹³¹ ZANCANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 2, 1991, p. 207.

¹³² ZANCANER, Weida, Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988, p. 207.

Prossegue a jurista afirmando, entre outras hipóteses, que um ato não é razoável quando, embora fundamentado em fatos existentes, com os mesmos não guarda relação lógica ou adequada proporção com a medida tomada.

O critério de razoabilidade na aplicação das sanções administrativas figura acompanhado da proporcionalidade, que indica a adoção de resposta nem mais extensa, nem mais intensa àquela necessária ao atingimento da finalidade do ato.

Segundo Diogo de Figueiredo Moreira Neto,

[...] a razoabilidade, agindo como um limite à discricção na avaliação dos motivos, exige que sejam eles adequáveis, compatíveis e proporcionais, de modo a que o ato atenda a sua finalidade pública específica; agindo também como um limite à discricção na escolha do objeto, exige que ele se conforme fielmente à finalidade e contribua eficientemente para que ela seja atingida.¹³³

A proporcionalidade, enquanto aspecto da razoabilidade, afigura-se como o dever de agir nos exatos limites que visem a solução de determinado problema.

Para José dos Santos Carvalho Filho,

[...] o grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado.¹³⁴

Em matéria de aplicação de sanção, frequentemente remanesce à autoridade julgadora uma margem de liberdade, seja na tarefa de interpretar os fatos e qualificá-los juridicamente (caso a imprecisão se localize na hipótese da norma), seja na tarefa de aplicar a sanção (caso a lei não estabeleça uma relação clara entre a conduta e a resposta dada pelo ordenamento).

Nessa linha de raciocínio, tanto a configuração da infração quanto a aplicação de penalidade somente se mostrarão conformes ao ordenamento vigente se amparadas pelos

¹³³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pp. 37-40.

¹³⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009, p. 27.

princípios da proporcionalidade e razoabilidade, decorrência lógica do princípio da legalidade.

Sobre o princípio da proporcionalidade (que deve informar o aplicador do Direito quando a norma lhe conferir discricionariedade), assevera o Ministro Gilmar Mendes :

A utilização do princípio da proporcionalidade ou da proibição de excesso no Direito constitucional envolve a apreciação da necessidade (Erforderlichkeit) e adequação (Geeignetheit).

[...]

Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com a sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais.¹³⁵

Mas o princípio não se aplica apenas ao legislador e sim irradia seus efeitos em toda atuação estatal.

A proporcionalidade admite a composição máxima: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Por adequação, deve se entender que a medida em causa só é apropriada quando ela é apta, certamente, à obtenção do resultado perseguido; se tal medida (avaliada previamente à sua tomada) não serve para o fim almejado, não é adequada; por necessidade, tem-se que na escolha dos meios disponíveis, a autoridade deve optar pelo menos gravoso ao particular; e a proporcionalidade em sentido estrito significa a adoção de medida nem excessiva nem insuficiente ao atingimento do fim subjacente à própria medida.

Assim, a sanção imposta ao infrator deve ser compatível com a gravidade da conduta, sua reprovabilidade e os prejuízos dela decorrentes, senão será inválida.

Traduz, portanto, o princípio da proporcionalidade a proibição do excesso e, de outro lado, a vedação de aplicação de uma sanção branda para uma conduta considerada grave. Nem além, nem aquém do necessário.

4.6. Presunção de inocência

¹³⁵ MENDES, Gilmar. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf. Acesso em: 18 fev. 2009.

A presunção de inocência vem encartada no texto constitucional, no art. 5º, inciso LVII¹³⁶, e embora venha redigido de maneira a se fazer crer que só incide em matéria penal, trata-se de mais um corolário do Estado de Direito e incide em processo administrativo sancionatório¹³⁷.

Carlos Ari Sundfeld afirma que ninguém será considerado de infração às normas administrativas, até a decisão definitiva em contrário, reafirmando a presunção de inocência pela inadmissibilidade de punição de quem não se defendeu integralmente, no procedimento próprio.¹³⁸

Importante salientar que é lição geral de direito que a má-fé não se presume, eliminando, assim, parte da questão, uma vez que má-fé está atrelada ao dolo.

Mas, presunção de inocência também deriva do devido processo legal, já que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens, sem que se atenda aos desideratos, já aludidos, do devido processo legal. Para nós, a liberdade referida nessa cláusula deve ter seu conteúdo máximo, abrangendo a restrição de qualquer direito, militando em favor desta posição, o princípio da máxima efetividade das garantias constitucionais.

4.7. *Non reformatio in pejus*

Como visto anteriormente, integra a ampla defesa o direito reservado ao interessado, de recorrer das decisões que lhe são desfavoráveis. Proferida uma determinada decisão – no caso, imposta uma sanção proferida pela autoridade superior¹³⁹, - o indivíduo sobre o qual recai a sanção, tem o direito de uma segunda decisão, mediante a interposição de recurso administrativo e seu recurso poderá ser provido ou desprovido, nada mais.

¹³⁶ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

¹³⁷ Nesse sentido, convergem os entendimentos de Daniel Ferreira, *Sanções administrativas*, p. 119, e Rafael Munhoz de Mello, *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*, São Paulo: Malheiros, 2007. pp. 245-246.

¹³⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Ordenador*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 81.

¹³⁹ Salvo nos casos de pedido de reconsideração, única possibilidade insurgência cabível quando a autoridade que proferiu a decisão ocupa o cargo máximo na organização hierárquica.

A decisão que aprecia recurso administrativo não pode, no entanto, agravar a situação implementada pela decisão recorrida, por força da proibição do *reformatio in pejus*.¹⁴⁰

Consta da Lei Federal nº 9.784/98, em seu art. 64, que a autoridade julgadora poderá revogar, modificar ou anular a decisão recorrida e, caso entenda pelo agravamento da decisão do recorrente, deverá lhe abrir oportunidade de apresentar alegações finais, antes da decisão¹⁴¹.

Para Ferraz e Dallari, pouco importa se normas infraconstitucionais instituem o *reformatio in pejus*; elas não terão aplicação porque tal princípio tem estatura constitucional, também derivado do devido processo legal¹⁴². Ora, a possibilidade de agravamento da situação é quase um meio inidoneamente coativo de se inibir o exercício do direito de recorrer.

Questão interessante a abordar é a prerrogativa da autotutela da Administração, que tem o dever de invalidar seus atos, desde que praticados com violação à ordem jurídica. Entendemos que a autotutela não afasta a proibição de agravamento da primeira decisão, pois esta proibição se restringe aos limites impostos à autoridade, ao apreciar o recurso.

Assim sendo, se detectar alguma ilegalidade, deverá instaurar o correspondente processo para invalidação de sua decisão e, desde que interfira na esfera de direitos de terceiros, deverá assegurar a ampla defesa e o contraditório. A mera referência ao direito de apresentar alegações finais, como vem colocado no parágrafo único, parece-nos retirar, das garantias de ampla defesa e contraditório, sua plena eficácia, afigurando-se, portanto, inconstitucional.¹⁴³

¹⁴⁰ Nesse sentido: OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1985.,p. 129-13; e Vitta, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 104.

¹⁴¹ Art. 64. O órgão competente para decidir o recurso poderá confirmar, modificar, anular ou revogar, total ou parcialmente, a decisão recorrida, se a matéria for de sua competência.

Parágrafo único. Se da aplicação do disposto neste artigo puder decorrer gravame à situação do recorrente, este deverá ser cientificado para que formule suas alegações antes da decisão.

¹⁴² FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 1ª Ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002, p.157.

¹⁴³ Posição dissonante é sustentada por Adilson Dallari e Sergio Ferraz, *Processo Administrativo*, p. 156.

Salientamos que endossamos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, no sentido de que a decisão administrativa proferida em última instância, em favor do administrado, não poderá ser objeto de modificação pela própria Administração¹⁴⁴, operando-se a “coisa julgada administrativa”, justificando-se as aspas, porque a locução “coisa julgada” é utilizada em sentido conotativo, já que tal predicado é exclusivo das decisões judiciais.

4.8. Controle Judicial

Encartamos o controle judicial dentre os princípios regentes do direito administrativo sancionador porque, em sendo aplicada a sanção administrativa, isto é, por autoridade no exercício de função administrativa, tal decisão – ato administrativo – não tem característica de definitividade, estando sujeita, portanto, ao exame do Judiciário, se provocado por quem tenha legítimo interesse.

O princípio do controle judicial ou jurisdicional não é incidente apenas às sanções administrativas, mas sim a todos os atos administrativos, conforme assinalado por Heraldo Garcia Vitta¹⁴⁵, pois integra o próprio conceito de função administrativa.

É cediço que a Administração Pública tem sua atuação subsumida à legalidade. De conseguinte, os atos ilegais por ela praticados estão sujeitos à apreciação e revisão pelo Poder Judiciário, em decorrência do princípio da inafastabilidade da apreciação, pelo Judiciário, dos atos lesivos ou ameaçadores ao direito, inserido no rol dos direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, inciso XXXV¹⁴⁶, da Carta da República.

4.8.1. Extensão

Todos os aspectos da legalidade do ato, concebida em amplo espectro, podem ser objeto de revisão pelo Poder Judiciário. Assim é que lhe são postos à apreciação, todos os pressupostos de validade do ato, aqui considerados de acordo com a irretocável sistematização

¹⁴⁴ Isso não impede, em termos, que a Administração possa buscar, via judicial, a modificação da decisão, conforme entendimento também compartilhado por Dallari e Ferraz, *Processo Administrativo*, p. 44.

¹⁴⁵ VITTA, Heraldo Garcia, *A sanção no direito administrativo*, p. 101.

¹⁴⁶ Art. 5º [...]

XXXV - A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

de Celso Antônio Bandeira de Mello: competência (verificação se a autoridade), motivos (que são subdivididos entre motivo de fato – suporte fático, fenomênico – e motivo legal – , no caso, a antijuridicidade, culpabilidade e tipicidade - devem constar na decisão, em razão do dever de motivar¹⁴⁷, como visto antes), todos os requisitos procedimentais (ritualísticos), finalidade (pela vedação do desvio de poder), causa (correlação lógica entre os motivos e o conteúdo do ato, em vista da finalidade ou bem jurídico objetivado). Essa amplitude de exame de eventuais patologias do processo administrativo que culminou na aplicação de uma sanção, vale para todos os processos e decisões.

4.8.2. Controle judicial da discricionariedade

Inegável o juízo de valor feito pela autoridade julgadora na apreciação das provas e da aplicação da sanção, não significando, contudo que o direito autoriza que se tomem decisões esdrúxulas e desarrazoadas alegando uma suposta intangibilidade dessa margem de liberdade.

Sobre o conceito de discricionariedade, adotamos os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem

Discricionariedade é a margem de ‘liberdade’ que remanesce ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um dentre pelos menos dois comportamentos, cabíveis perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente.¹⁴⁸

Impende, pois, traçar os parâmetros do controle judicial dos atos administrativos em face dos atos praticados no exercício da competência discricionária e sobre o tema, sustenta com autoridade, o jurista:

¹⁴⁷ Acerca da invalidação judicial de ato administrativo por ausência de motivação, confira-se o excerto abaixo:
“Como bem observou o MM. Juiz, existindo dúvida quanto ao dolo imputado à autora, deve ser resolvida a questão a seu favor, mesmo porque foi a única sujeita a processo disciplinar, embora o erro tenha partido de funcionários mais graduados.

Lícito o controle do ato administrativo pelo Judiciário, no que se refere à legalidade, faltante, no caso, pela ausência da motivação. [...] ”

Apelação Cível nº 183.689-1/3, Tribunal de Justiça de São Paulo

¹⁴⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 831.

Nada há de surpreendente, então, que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito.¹⁴⁹

No caso dos conceitos jurídicos indeterminados, isto é, em razão da vagueza que caracteriza a norma aplicanda, é importante afirmar que a textura aberta do texto não implica, automaticamente, numa liberdade de agir, pois o exame do caso concreto reduzirá até mesmo a margem de interpretação da norma, podendo eliminar a existência de uma segunda alternativa de atuação. E mesmo a aplicação de norma que contém conceitos jurídicos indeterminados está sujeita ao controle pelo judiciário.¹⁵⁰

O limite de atuação da sindicabilidade dos atos administrativos reside tão somente no mérito do ato, aqui considerado como um núcleo de intangibilidade, definido pela doutrina como os juízos de conveniência e oportunidade, que conduzem ao chamado indiferente jurídico, vedando a substituição desse juízo do administrador, pelo do juiz, em atenção ao princípio da separação dos poderes.

Conforme se afirmou, a atuação do Poder Público está pautada pelo princípio da legalidade e da boa ou da melhor administração. Legalidade é a observância do Direito,

¹⁴⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 836.

¹⁵⁰ Nesse sentido, confira-se o seguinte julgado:

EMENTA: RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. DEMISSÃO. PODER DISCIPLINAR. LIMITES DE ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ATO DE IMPROBIDADE. 1. Servidor do DNER demitido por ato de improbidade administrativa e por se valer do cargo para obter proveito pessoal de outrem, em detrimento da dignidade da função pública, com base no art. 11, caput, e inciso I, da Lei n. 8.429/92 e art. 117, IX, da Lei n. 8.112/90. 2. A autoridade administrativa está autorizada a praticar atos discricionários apenas quando norma jurídica válida expressamente a ela atribuir essa livre atuação. Os atos administrativos que envolvem a aplicação de "conceitos indeterminados" estão sujeitos ao exame e controle do Poder Judiciário. O controle jurisdicional pode e deve incidir sobre os elementos do ato, à luz dos princípios que regem a atuação da Administração. 3. Processo disciplinar, no qual se discutiu a ocorrência de desídia --- art. 117, inciso XV da Lei n. 8.112/90. Aplicação da penalidade, com fundamento em preceito diverso do indicado pela comissão de inquérito. A capitulação do ilícito administrativo não pode ser aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa. De outra parte, o motivo apresentado afigurou-se inválido em face das provas coligidas aos autos. 4. Ato de improbidade: a aplicação das penalidades previstas na Lei n. 8.429/92 não incumbe à Administração, eis que privativa do Poder Judiciário. Verificada a prática de atos de improbidade no âmbito administrativo, caberia representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação, não a aplicação da pena de demissão. Recurso ordinário provido.

RMS 24699 / DF - DISTRITO FEDERAL Relator(a): Min. EROS GRAU Julgamento: 30/11/2004

enquanto sistema, não reduzindo o Direito à lei, compreendendo o exame dos motivos¹⁵¹, finalidade e causa, aí compreendidas, também, a razoabilidade e da proporcionalidade, que permeiam a discricionariedade. O princípio da boa administração ou da melhor administração deve conduzir o administrador, no juízo de conveniência e oportunidade, a busca pela melhor alternativa.

Sanções desproporcionais ou desarrazoadas, portanto, poderão ser invalidadas em sede de controle judicial. Sobre tal ponto, suscita-se a possibilidade de o juiz substituir a sanção imposta. A questão é espinhosa e reclama algumas considerações.

A primeira delas é que, em razão da competência exclusiva da Administração para impor sanções administrativas, o juiz não pode avocar para si tal competência sancionatória.

Assim, decidindo pela desproporcionalidade da pena, ainda que considere que alguma sanção deveria ser imposta ao apenado que se insurge na via judicial, a atividade jurisdicional deve se limitar a invalidar, por vício de legalidade materializado em violação ao princípio da proporcionalidade, se a lei não estabelecer uma correlação exata entre a infração e a sanção correspondente. Caso a lei estabeleça tal relação, o juiz poderá decretar a invalidade e determinar à autoridade administrativa que providencie a adequação nos termos da lei. Nessa segunda hipótese, inexistia liberdade ao administrador na dosimetria da sanção, tratando-se, pois, de ato administrativo contrário à lei ou em sentido estrito.

Oswaldo Aranha Bandeira de Mello professa entendimento que, no caso da multa administrativa, se a lei não estabelecer o quantum, mas apenas fornecer parâmetros mínimos e máximos, o juiz poderá reduzi-la ao mínimo legalmente estabelecido:

Se esta é estabelecida dentro dos limites legais, lhe é lícito alterá-la para menos, respeitado o mínimo legal, se tiver como exagerado o *quantum* fixado administrativamente, em atenção à falta cometida, como exercício abusivo do agente público de seu direito de dosá-la.¹⁵²

¹⁵¹ Sobre o exame dos motivos, confira-se o seguinte julgado:

CABE AO PODER JUDICIÁRIO APRECIAR A REALIDADE E A LEGITIMIDADE DOS MOTIVOS EM QUE SE INSPIRA O ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO. O EXERCÍCIO DO PODER DE POLÍCIA É SUJEITO À CENSURA JUDICIÁRIA. (RE 17126, Relator(a): Min. HAHNEMANN GUIMARAES, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/08/1951, DJ 12-04-1952 PP-***** EMENT VOL-00077-01 PP-00209)

¹⁵² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3ª ed. v. I. São Paulo: Malheiros, 2007, pp. 571-572.

A despeito do que sustentamos mais acima, admitimos, para o caso específico das multas, a minoração, dentro dos limites legais, do *quantum* fixado.

O controle da proporcionalidade na dosimetria da pena, ante a discricionariedade legal, comporta ainda um desdobramento que se consubstancia em possibilidade de invalidação pela via judicial. É a verificação da observância do princípio da isonomia.

Existindo provas de que em situações anteriores idênticas a autoridade cominou sanção mais branda, ainda que em tese não considere desproporcional, consideramos que o juiz poderá invalidar a sanção mais severa, fundada na violação do dever, pela administração, de conferir tratamento isonômico e impessoal, independente da ocorrência de desvio de poder.

4.8.3. Controle judicial e presunção de legitimidade dos atos administrativos

Sabido que o Poder Público tem o mister de realizar o bem comum, que está subjugado à ordem jurídica; que não tem nada mais do que funções a desempenhar e que a expedição de atos administrativos deve retratar esses misteres, imprescindível que esteja suprido de prerrogativas sem correspondentes no Direito Privado.

Seus atos, evidentemente, devem ser produzidos de acordo com a ordem jurídica, mas são dotados de atributos, características especiais necessárias à realização das finalidades públicas a que se prestam.

O ato jurídico pode nascer inválido por violar o Direito, mas não nasce sem atributos (não necessariamente com todos os atributos possíveis dos atos administrativos), eis que são intrínsecos e inerentes ao próprio ato.

Justifica-se a natureza intrínseca dos atributos do ato administrativo porque só se concebe sua expedição para atender o interesse público, supremo diante do interesse privado¹⁵³.

¹⁵³ Fique claro que a supremacia do interesse público sobre o interesse privado não significa autorização à violação do direito do particular, pois só existe interesse público dentro da lei.

A presunção de legitimidade, atributo inerente a todos os atos administrativos, proscreeve que tenham sido expedidos em conformidade com o Direito, sendo que o termo legítimo é usado em sentido amplo, contemplando não apenas a legitimidade/competência, mas o atendimento a todos os pressupostos de validade encartados na ordem jurídica.

Os atos administrativos são exteriorizações do poder estatal, de uma parcela de poder estatal, com a incumbência de realização do interesse público, gozam da presunção de que são verdadeiros e que foram praticados conforme o Direito.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro desdobra esse atributo em dois: presunção de legitimidade que diz respeito à conformidade com a lei e presunção de veracidade indicando que os fatos alegados pela Administração são verdadeiros. Acrescenta, ainda, que, tal prerrogativa, *“como todas as demais dos órgãos estatais, são inerentes à idéia de ‘poder’, como um dos elementos integrantes do conceito de Estado, e sem o qual este não assumiria a sua posição de supremacia sobre o particular.”*¹⁵⁴

Pensamos, entretanto, que a presunção de legitimidade abrange a presunção de veracidade, eis que, de fato, a veracidade guarda relação com os motivos de fato que ensejaram a expedição do ato e motivo é um dos pressupostos de validade do ato administrativo.

A autora, ainda, aponta os efeitos da presunção de veracidade:

1. enquanto não decretada a invalidade do ato pela própria Administração ou pelo Judiciário, ele produzirá efeitos da mesma forma que o ato válido, devendo ser cumprido [...]
2. o Judiciário não pode apreciar *ex officio* a validade do ato; sabe-se que, em relação ao ato jurídico de direito privado, o art. 168 do CC determina que as nulidades absolutas podem ser alegadas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, quando lhe couber intervir, e devem ser pronunciados pelo juiz, quando conhecer do ato ou dos seus efeitos; o mesmo não ocorre em relação ao ato administrativo cuja nulidade só pode ser decretada pelo Judiciário a pedido da pessoa interessada;
3. a presunção de veracidade inverte o ônus da prova; é errado afirmar que a presunção de legitimidade produz esse efeito, uma vez que, quando se trata de confronto entre o ato e a lei, não há matéria de fato a ser produzida; nesse

¹⁵⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 183.

caso, o efeito é apenas o anterior, ou seja, o juiz só apreciará a nulidade se argüida pela parte.

De tais conclusões, discordamos parcialmente.

Primeiramente, entendemos que o efeito indicado no item 1 guarda maior pertinência com a presunção de que os atos foram praticados em conformidade com a lei, isto é, com o atributo da presunção de legitimidade que, como dito, abrange a presunção de veracidade.

Com relação à vedação de pronunciamento judicial exceto se suscitado pela parte interessada, também entendemos não assistir razão à autora, seja porque compartilhamos do entendimento de que a presunção de legitimidade do ato cessa quando questionado perante o Judiciário, o que tornaria inócua tal diferenciação em relação aos atos de direito privado, seja porque a presunção de legitimidade não limita, por si, a própria atividade jurisdicional.

Como já dito anteriormente, o Judiciário exerce amplo controle de legalidade dos atos administrativos e, temos convicção disso, a incidência do princípio da legalidade na atuação da Administração torna cogente e de ordem pública todos os atos por ela praticados, sendo certo que as questões de ordem pública podem e devem ser apreciadas, independente da alegação da parte interessada.

Tormentosa é a questão quanto ao ônus da prova, e reclama algumas considerações:

Quanto à natureza da presunção, há um consenso de que é relativa, isto é, comporta prova em sentido contrário, mas é necessário avançar na investigação.

Evidentemente que a Administração tem o dever de atuar e para atuar, necessita de prerrogativas, sob pena de se deparar com a resistência do administrado e, conseqüentemente, sua inoperância.

Por ser a expressão de um dos poderes da República, sua atuação deve ser independente da anuência dos outros poderes, sob pena de desequilibrar o próprio princípio da separação de poderes.

Os atos administrativos devem ser expedidos em conformidade com o Direito, frise-se: devem ser, mas, nem sempre o são ou nem sempre o sujeito atingido pelo ato tem o entendimento de que o ato realmente foi expedido atendendo-se todos os pressupostos de validade.

A Carta Republicana consagra o princípio do devido processo legal que, em sua acepção formal, garante o exercício do contraditório e da ampla defesa e todos os meios e recursos a ela inerentes.

Irresignado com um determinado ato administrativo, o destinatário, por não poder, via de regra, oferecer resistência, contra ele pode insurgir-se perante a própria Administração e perante o Judiciário, aduzindo ter sido, tal ato, praticado em violação de direito seu ou simplesmente em desconformidade com o direito. Inquina de ilegal o ato.

A insurgência pela via judicial faz cessar a presunção de legitimidade, conforme professa Celso Antônio Bandeira de Mello:

Presunção de legitimidade – é a qualidade, que reveste tais atos, de se presumirem verdadeiros e conformes ao Direito, até prova em contrário. Isto é: milita em favor deles uma presunção *juris tantum* de legitimidade; salvo expressa disposição legal, dita presunção só existe até serem questionados em juízo.¹⁵⁵

Das lições do mestre advêm inevitáveis questionamentos: Por que cessa tal presunção? Qual a consequência prática da cessação de legitimidade do ato quando questionado perante o Poder Judiciário? Pretendemos responder a esses questionamentos.

Primeiramente, entendemos que a partir da formação de uma demanda judicial, desaparece a relação de verticalidade entre a Administração e o administrado. Ambos, destarte, são partes litigantes de um processo judicial e o Direito lhes dá tratamento

¹⁵⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 419.

igualitário, salvo quanto a alguns privilégios como prazos mais dilatados para contestar e recorrer, recolhimento de custas processuais e outros.

A partir do momento em que o caso é submetido ao Judiciário, está provocado o exercício do controle externo e último da Administração e solicitada a palavra final acerca da (i)legalidade do ato impugnado.

A impugnação judicial do ato faz inaugurar sobre as partes uma nova relação jurídica, uma relação jurídica processual judicial, regida pelas normas de direito processual e pelo regime jurídico do processo judicial, em que uma parte não pode ficar em posição de supremacia em relação à outra.

Rege-se, também pelas regras processuais, a questão do ônus da prova, mas com algumas observações.

Por força dos princípios da motivação e da publicidade, a Administração Pública deve sempre exteriorizar os motivos de fato e de direito que ensejaram a expedição do ato, bem como torná-los públicos, ou, quando menos, disponibilizar essa exteriorização ao interessado.

Vale dizer que a Administração sempre deve “provar” que está agindo conforme a lei, que seu ato tem causa, assim entendida como o pressuposto lógico do ato, traduzida na relação de pertinência entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista a finalidade, segundo os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello.¹⁵⁶

E em caso de dúvida? Ora, em caso de dúvida quanto aos fatos, desmoronado já está a própria legitimidade do ato administrativo que, insistimos em ressaltar, deve ser devidamente motivado, com a clara exposição dos motivos de fato e de direito que o ensejaram, além de atender aos outros pressupostos de validade.

¹⁵⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 400-401.

Todavia, em caso de dúvida no âmbito do direito, com maior veemência professamos a cessação da presunção de legitimidade que jamais poderia servir de sustentáculo para uma decisão judicial.

Nesse ponto, acompanhamos Trevis e Micheli, citados por Augustin Gordillo, em passagem mencionada por Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao tratar da inversão do ônus da prova como efeito da presunção de veracidade dos atos administrativos:

Alguns autores têm impugnado esse último efeito da presunção. Gordillo (1979, t. 3, cap. 5:27) cita a lição de Trevis e de Micheli, segundo a qual a presunção de legitimidade do ato administrativo importa em uma *relevatio ad onera agendi*, mas nunca uma *relevatio ad onera probandi*; segundo Micheli, a presunção de legitimidade não é suficiente para formar a convicção do juiz no caso de falta de elementos instrutórios e nega que se possa basear no princípio de que ‘na dúvida, a favor do Estado’, mas sim no de que ‘na dúvida, a favor da liberdade’; em outras palavras, para esse autor, a presunção de legitimidade do ato administrativo não inverte o ônus da prova, nem libera a Administração de trazer as provas que sustentem a ação.¹⁵⁷

Encontramos guarida a nossas reflexões em Tomás-Ramon Fernández que, citado por Ney José de Freitas, assinala que, “*instaurada a demanda, a questão probatória deverá ser regida pelas regras e princípios constantes da teoria geral da prova [...]*”¹⁵⁸

Tecidas as observações acerca de nosso entendimento quanto ao ônus da prova, voltemos à árdua tentativa de justificar a cessação da presunção de legitimidade dos atos administrativos impugnados judicialmente.

Pois bem: suponha-se que esse administrado (autor da ação) alegue a iminência de sofrer dano irreparável ou de difícil reparação a ensejar uma tutela de urgência a ser determinada pelo juiz.

Salvo nas ações mandamentais em que a prova da violação do direito líquido e certo deve ser preconstituída, caso mantida a presunção, jamais o juiz poderia conceder uma tutela de urgência, eis que, como é cediço, tal medida é decorrente de cognição sumária do processo, antes da fase de produção de provas.

¹⁵⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, p. 184.

¹⁵⁸ FREITAS, José Ney. *Ato administrativo: Presunção de validade e a questão do ônus da prova*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 130.

As tutelas de urgência permeiam-se pelos requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*; no caso da antecipação dos efeitos da tutela, pelos requisitos dispostos no art. 273, do Código de Processo Civil que abrange os dois primeiros (com nomenclaturas, descrições e para alguns, intensidades diferentes) e acrescenta mais alguns.

Todavia, manter a presunção de legitimidade (e veracidade) do ato, diante de uma possível ilegalidade que causará danos irreparáveis ou de difícil reparação ao administrado é restringir a atividade jurisdicional e, em última instância, afastar a própria efetividade da jurisdição.

A presunção de legitimidade não se presta, portanto, a blindar o ato administrativo contra o controle judicial, tampouco restringir o poder geral de cautela do juiz. Como se disse anteriormente, trata-se de uma prerrogativa instrumental à consecução do interesse público, à consecução dos misteres da Administração. Esses misteres cedem passo à materialização da justiça, assim concebida como aquela dita e implementada pelo Poder Judiciário.

A submissão de um dado caso à apreciação judicial faz, automaticamente cessar tal atributo do ato, equiparando-se, a partir de então, aos atos privados em geral, que são destituídos de tal característica.

Eis, portanto, as razões pelas quais entendemos assistir razão a Celso Antônio Bandeira de Mello quando aponta que tal atributo só existe até serem os atos questionados em juízo.

4.9. Prescritibilidade

A necessidade de estabilização das relações jurídicas reclama a existência do sistema de preclusões, prescrição e decadência que permeia toda a ordem jurídica, sem prejuízo de suas outras manifestações como ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada. Todos, são expressões concretas do princípio da segurança jurídica.

A regra válida para todo o Direito é da prescritibilidade e as hipóteses de imprescritibilidade são expressas e de hierarquia constitucional. Não há Direito sem segurança jurídica. Quanto aos prazos prescricionais e decadenciais, trazemos a seguir um apanhado de como se comporta o legislador brasileiro.

A Lei nº 9.784/99 que regula o processo administrativo na esfera federal, institui o prazo decadencial de 5 anos¹⁵⁹ para que a Administração anule atos administrativos de que decorram efeitos favoráveis aos seus destinatários.

Tratando genericamente das sanções aplicáveis no exercício do poder de polícia, a lei Federal nº 9.873/99¹⁶⁰ estatui que prescreve, também em cinco anos, a ação punitiva da Administração Pública Federal.¹⁶¹

¹⁵⁹ Art. 54 — O direito da Administração de anular os atos administrativos que decorram efeitos favoráveis para os destinatários decai em cinco anos, contados da data em que foram praticados, salvo comprovada má-fé.

¹⁶⁰ Art. 1º Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado.

¹⁶¹ Nesse sentido, o seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MULTA ADMINISTRATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL. DECRETO 20.910/32.

INTERRUPÇÃO. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO. ART. 8º, §2º, LEI Nº 6.830/80.

1. A sanção administrativa é consectário do Poder de Polícia regulado por normas administrativas. A aplicação principiológica da isonomia, por si só, impõe a incidência recíproca do prazo do Decreto 20.910/32 nas pretensões deduzidas em face da Fazenda e desta em face do administrado.

2. Deveras, no afã de minudenciar a questão, a Lei Federal 9.873/99 que versa sobre o exercício da ação punitiva pela Administração Federal colocou um pá de cal sobre a questão assentando em seu art.

1º caput: "Prescreve em cinco anos a ação punitiva da Administração Pública Federal, direta e indireta, no exercício do poder de polícia, objetivando apurar infração à legislação em vigor, contados da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado." 3. A possibilidade de a Administração Pública impor sanções em prazo vintenário, previsto no Código Civil, e o administrado ter a seu dispor o prazo quinquenal para veicular pretensão, escapa aos cânones da razoabilidade e da isonomia, critérios norteadores do atuar do administrador, máxime no campo sancionatório, onde essa vertente é lindeira à questão da legalidade.

4. É cediço na Corte que as prescrições administrativas em geral, quer das ações judiciais tipicamente administrativas, quer do processo administrativo, mercê do vetusto prazo do Decreto 20.910/32, obedecem à quinquenalidade, regra que não deve ser afastada in casu.

5. Destarte, esse foi o entendimento esposado na 2ª Turma, no REsp 623.023/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14.11.2005: "PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO - COBRANÇA DE MULTA PELO ESTADO - PRESCRIÇÃO - RELAÇÃO DE DIREITO PÚBLICO - CRÉDITO DE NATUREZA ADMINISTRATIVA - INAPLICABILIDADE DO CC E DO CTN - DECRETO 20.910/32 - PRINCÍPIO DA SIMETRIA.

1. Se a relação que deu origem ao crédito em cobrança tem assento no Direito Público, não tem aplicação a prescrição constante do Código Civil.

2. Uma vez que a exigência dos valores cobrados a título de multa tem nascedouro num vínculo de natureza administrativa, não representando, por isso, a exigência de crédito tributário, afasta-se do tratamento da matéria a disciplina jurídica do CTN.

3. Incidência, na espécie, do Decreto 20.910/32, porque à Administração Pública, na cobrança de seus créditos, deve-se impor a mesma restrição aplicada ao administrado no que se refere às dívidas passivas daquela. Aplicação do princípio da igualdade, corolário do princípio da simetria.

3. Recurso especial improvido." 6. Precedentes jurisprudenciais: REsp 444.646/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Segunda Turma, DJ 02.08.2006; REsp 539.187/SC, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira

O quinquênio que configura a estabilidade das relações e conseqüentemente é adotado em diversos outros diplomas legais, como, a título de exemplo, no Decreto 20.910/32¹⁶², que regula a prescrição quinquenal do direito de se acionar a União, Estados e Municípios, é de cinco anos o prescricional previsto na Lei 4.717/65 a Ação Popular¹⁶³ e, ainda prescrevem em cinco anos, as ações que visem à responsabilização por ato de improbidade administrativa¹⁶⁴, e nos mesmos cinco anos (considerando as penalidades mais severas, que ensejam prescrição *longi temporis*) o direito da Administração de punir o servidor faltoso.¹⁶⁵

Como visto acima, o lapso temporal de cinco anos é adotado largamente na legislação brasileira, sendo considerado o prazo em que as relações jurídicas se estabilizam e se cristalizam no tempo, concluindo-se que prazo de cinco é o considerado razoável, adequado e suficiente, pelo legislador, para que determinadas providências e/ou decisões sejam tomadas.

Turma, DJ 03.04.2006; REsp 751.832/SC, Rel. p/ Acórdão Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJ 20.03.2006; REsp 714.756/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, Segunda Turma, DJ 06.03.2006; REsp 436.960/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJ 20.02.2006.

7. In casu, compulsando os autos, verifico que o fato gerador da infração ocorreu em 1º de fevereiro de 1999, a execução foi proposta em janeiro de 2004, et pour cause dentro do prazo prescricional.

8. Destarte, foi a Prefeitura Municipal de Itapecerica da Serra citada em 18 de maio de 2005, não anexou informação da data do despacho que ordenou a citação cujo ônus do fato extintivo competia-lhe, justamente o marco interruptivo da prescrição, nos termos do artigo 8º, § 2º, da LEF.

9. Com efeito, esta egrégia Corte já decidiu que o crédito objeto de execução fiscal que não possui natureza tributária, decorrente de multa ambiental, tem como marco interruptivo da prescrição o disposto na LEF, no art. 8º, § 2º, verbis: "O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição". Precedentes: REsp 1148455/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJe 23/10/2009; AgRg no AgRg no REsp 981.480/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/03/2009; AgRg no Ag 1041976/SP, Rel.

Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 07/11/2008; REsp 652.482/PR, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 25/10/2004.

10. Ademais, o citado dispositivo não foi prequestionado.

11. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1057754/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 14/04/2010)

¹⁶² Art. 1º - As dívidas passivas da união, dos estados e dos municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem.

¹⁶³ Art. 21. A ação prevista nesta lei prescreve em 5 (cinco) anos.

¹⁶⁴ Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;

II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

¹⁶⁵ Lei 8.112/90, art. 142 - A ação disciplinar prescreverá: I - em 5 (cinco) anos, quanto às infrações puníveis com demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão;

Todavia, silente é a legislação sobre licitações e contratos, razão pela qual, devemo-nos nos valer da analogia, para propor um sistema de prescrições da ação punitiva estatal em licitações e contratos administrativos.

Sobre utilização analógica do prazo quinquenal, observa Almiro do Couto e Silva:

Ora, a lógica que se predica ao sistema jurídico, como qualquer sistema, está a exigir que se, na ação popular, a pretensão da Administração Pública a invalidar seus próprios atos prescreve em cinco anos, a mesma solução se deverá dar quanto a toda e qualquer pretensão da Administração Pública no pertinente à anulação de seus atos administrativos. Nenhuma razão justificaria que, nas situações em que não tenha sido proposta a ação popular, a prescrição fosse de vinte anos, encurtando para cinco se eventualmente proposta aquela ação.

[...] Assim, por interpretação extensiva da regra do art. 21 da Lei da Ação Popular, ou por analogia, a fim de que se preserve a harmonia do sistema, mantendo-o como um todo possível coerente, lógico e racional, a conclusão necessária será a de que a prescrição de toda e qualquer pretensão que tenha a Administração Pública com relação à invalidação de seus atos administrativos deverá ter o prazo de cinco anos.¹⁶⁶

Eduardo Rocha Dias afirma, com razão, que às infrações mais graves, sancionáveis com a suspensão temporária de participar de licitações e impedimento para contratar, bem como a declaração de inidoneidade, previstas na Lei 8.666/93, deve ser aplicado o prazo quinquenal, não obstante a lacuna na lei.¹⁶⁷ Estendemos a essa regra, a sanção de impedimento de licitar e contratar, prevista na Lei 10.520/02 e às multas aplicadas concomitantemente.

Em relação ao termo inicial da contagem desse lapso, por razões lógicas, entendemos que deve ser deflagrado o lapso quinquenal a partir do momento em que as autoridades administrativas tenham possibilidade de conhecimento da infração. Dizemos possibilidade do conhecimento porque a atividade fiscalizatória não pode ser negligenciada, afigurando-se como um dever imposto à Administração, no mister de gerenciar seus contratos.

O autor sustenta que a sanção de advertência só pode ser aplicada durante a execução do contrato¹⁶⁸ e novamente lhe damos razão.

¹⁶⁶ COUTO E SILVA, Almiro. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, p. 21-31. 1996.

¹⁶⁷ DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 108.

¹⁶⁸ DIAS, Eduardo Rocha, *Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados*, p. 108.

5. Excludentes de antijuridicidade e da sanção

Não basta que o indivíduo revele comportamento contrário à prescrição da norma (antinormativo¹⁶⁹), é preciso, para a sua responsabilização, que inexistam causas de justificação ou excludentes de antijuridicidade¹⁷⁰, ou excludentes da sanção. Essas causas excludentes, para este trabalho, podem ser classificadas como gerais, isto é, aplicáveis a todas as infrações e sanções administrativas e específicas para os contratos administrativos, de acordo com o que prescreve a ordem jurídica brasileira.

Fabio Medina Osório afirma que as causas justificatórias integram as causas de inadequação típica, isto é, excluem a tipicidade proibitiva, porque tornam a conduta lícita. O autor admite, como causas justificadora, o exercício regular de um direito, estrito cumprimento de dever legal e estado de necessidade, esta última apenas em caráter excepcional.¹⁷¹

Regis Fernandes de Oliveira assevera que para haja a responsabilidade é imprescindível que o agir seja livre e que a pessoa tenha disponibilidade de sua ação. Deve estar livre em sua conduta. Sempre que houver qualquer restrição ao seu comportamento, ou for ele condicionado, não há que falar em conduta contrária àquela devida¹⁷². Admite como causas de exclusão da infração, legítima defesa, estado de necessidade, estrito cumprimento do dever legal e exercício regular do direito, pois “*onde há direito não há infração*”¹⁷³. As causas excludentes da sanção seriam a: coação irresistível, obediência hierárquica, doença mental que, para o autor, também é excludente de culpabilidade, fato da natureza e fato de terceiros. Além disso, admite o erro como fator eliminador do elemento subjetivo.¹⁷⁴

Entendemos se afiguram como causas que excluem a antijuridicidade, o estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal, exercício regular do direito

¹⁶⁹ Por antimorativa, entendemos a conduta contrária à prescrição da norma, sendo a antijuridicidade o resultado do contraste entre a conduta e a prescrição normativa e a inexistência de causas de justificação ou excludentes de antijuridicidade.

¹⁷⁰ Como Regis Fernandes de Oliveira, tratamos ilicitude e antijuridicidade como expressões sinônimas.

¹⁷¹ OSÓRIO, Fabio Medina, *Direito Administrativo Sancionador*, p. 272.

¹⁷² OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1985, p. 66.

¹⁷³ OLIVEIRA, Regis Fernandes, *Infrações e Sanções Administrativas*, p. 67.

¹⁷⁴ OLIVEIRA, Regis Fernandes, *Infrações e Sanções Administrativas*, pp. 68-69

e, eventualmente, o erro sobre o elemento do tipo, buscando, no Código Penal, tais hipóteses, por considerá-las plenamente aplicáveis em matéria de infrações e sanções administrativas.

Com relação aos casos fortuitos e força maior, tais ocorrências podem tanto afastar a própria conduta, como o elemento subjetivo.

Evidentemente, fato de terceiros elimina a conduta, sem conduta, não há que se examinar sua conformidade ou desconformidade com o direito. Nos contratos administrativos, podem se caracterizar como fatos de terceiros ensejadores de inexecução contratual, o fato da administração e o fato do príncipe, desde que seus efeitos ocasionem, *per se*, inevitável inexecução.

CAPÍTULO IV - A Função Integradora do Instrumento Convocatório nas Licitações e Contrato Administrativo

1. Considerações gerais sobre licitação e contrato administrativo

Decorre de expressa disposição constitucional, estabelecida no art. 37, inciso XXI¹⁷⁵, o dever de se realizar procedimento licitatório prévio à contratação para realização de obras, prestação de serviços¹⁷⁶, de compras e alienações, pelo Poder Público, salvo as hipóteses previstas em lei.

A prévia licitação para as contratações públicas é instrumento que visa à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, em razão do atendimento do interesse público, e que assegure a igualdade de condições entre todos os concorrentes.

Conquanto expressa, a regra estatuída seria extraível do próprio *caput* do art. 37, que submete a Administração aos princípios da isonomia e da eficiência, entre outros, além do que consta no art. 70¹⁷⁷, acerca do princípio da economicidade.

Maria Silvia Zanella di Pietro define a licitação como

[...] o procedimento administrativo pelo qual um ente público, no exercício da função administrativa abre a todos os interessados, que se sujeitam às condições fixadas no instrumento convocatório, a possibilidade de formularem propostas dentre as quais selecionará e aceitará a mais conveniente para a celebração do contrato.¹⁷⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua o instituto como

¹⁷⁵ Art. 37...XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁷⁶ Inclusive serviços públicos prestados mediante concessão ou permissão, conforme o art. 175: Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

¹⁷⁷ Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

¹⁷⁸ DI PIETRO, Maria Silvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 350.

[...] o procedimento administrativo pelo qual uma pessoa governamental, pretendendo alienar, adquirir ou locar bens, realizar obras ou serviços, outorgar concessões permissões de obra, serviço ou de uso exclusivo de bem público, segundo condições por ele estipuladas previamente, convoca interessados na apresentação de propostas, a fim de selecionar a que se revele mais conveniente em função de parâmetros antecipadamente estabelecidos e divulgados.¹⁷⁹

Pelas lições dos mestres, bastantes para nosso propósito, licitação é, antes de tudo, um procedimento administrativo, isto é, uma sequência lógica e cronológica de atos visando a alcançar uma finalidade pública que é a satisfação de uma necessidade detectada pela Administração (obra, serviço, bens, etc.).

Na definição da autora já se vislumbra a alusão ao instrumento convocatório e o assujeitamento dos interessados às suas condições.

Instrumento convocatório é expressão designativa de gênero que comporta duas espécies: edital e carta-convite, reservadas a ambos, as mesmas finalidades de estabelecer as regras do procedimento licitatório.

No conceito do autor, consta a expressão “*convocação dos interessados na apresentação de propostas*”, o que enseja a afirmação de que a manifestação de interesse no objeto licitado, por parte do particular, ocorre mediante a apresentação de sua proposta. A pluralidade de propostas instaura a “competição” entre os particulares.

Com relação ao grau de liberdade da Administração, Dinorá Adelaide Musetti Grotti explica que a “*sequência dos atos que compõem o procedimento é totalmente vinculada*”, sendo que os atos, ora terão conteúdo vinculado, ora discricionário.¹⁸⁰

A Lei 8.666/93 é a norma geral¹⁸¹ sobre licitações, editada pela União e estabelece as regras procedimentais da licitação, cria as diversas modalidades licitatórias (concorrência, tomada de preços, convite, leilão e concurso); disciplina a escolha dentre as modalidades, segundo critério, prevalentemente, de valor; estabelece condições gerais que devem ser

¹⁷⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, p. 526.

¹⁸⁰ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Do Procedimento Licitatório: Conceito, Finalidades e Princípios*, Revista Licitar, vol. 10, abril/1998, p. 13.

¹⁸¹ Embora seja autointitulada como lei geral, isto é, de aplicação nacional, o diploma também veicula normas especiais, aplicáveis somente à esfera federal.

ostentadas pelos interessados, para a participação nos certames; além de veicular diversas normas procedimentais a serem observadas pela Administração e pelos interessados; veicula normas sobre contratações; e cria infrações e sanções administrativas, aplicáveis a licitantes e contratados.

A Lei 10.520/02 institui a modalidade Pregão, caracterizada pela celeridade e simplicidade dos atos procedimentais, destinada à aquisição de bens e serviços de natureza comum. Esse diploma, a despeito de conter normas procedimentais e de cunho material pertinente à modalidade que cria, contém norma de referência de aplicação da lei geral de licitações, em caráter subsidiário¹⁸², não contemplando normas sobre contratações.

São princípios básicos da licitação, além dos já mencionados princípios da busca pela contratação mais vantajosa para a Administração e da isonomia, o da legalidade, impessoalidade, moralidade, probidade administrativa e vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo¹⁸³.

Informadores específicos da licitação, os princípios da vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo são garantidores dos objetivos almejados na licitação. Pelo princípio da vinculação ao instrumento convocatório, a Administração fica impedida de modificar as regras da competição após iniciada, bem como de proceder ou decidir de modo diverso daquele previsto no próprio instrumento. O instrumento convocatório veicula as “regras do jogo”, submetendo todos os “jogadores”, sejam eles os particulares ou a Administração Pública. Se o particular não se adéqua às “regras do jogo”, será eliminado; se a Administração não atua em conformidade com essas regras, comete ilegalidade¹⁸⁴.

Os contratos decorrentes da licitação também reclamam algumas breves observações, breves, apenas, aos propósitos deste trabalho.

¹⁸² Art. 9º Aplicam-se subsidiariamente, para a modalidade de pregão, as normas da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

¹⁸³ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

¹⁸⁴ O assunto será melhor tratado, ainda neste capítulo, em tópico mais adiantado.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello, os contratos em que o Estado figura como parte podem ser classificados como contratos administrativos, regidos integralmente pelas regras de Direito Administrativo e contratos de direito privado da Administração, regidos, quanto ao conteúdo e efeitos, pelo Direito Privado. São os primeiros que interessam ao propósito deste trabalho.

Por incorporar o interesse público, aqui entendido como o interesse de toda a coletividade, indistinta e impessoalmente, o Estado enquanto serviente desse interesse é dotado de prerrogativas e potestades não admitidas entre particulares.

Não obstante a relação contratual ter sido concebida, desde os primórdios, como manifestação da autonomia da vontade de partes que pudessem estabelecer livremente (salvo condutas proibidas) os meios e condições de seus negócios, a existência de prerrogativas exclusivas é o traço marcante e diferenciador da generalidade dos contratos firmados entre particular e Estado.

Tais prerrogativas exclusivas são conhecidas como cláusulas exorbitantes ou, mais precisamente, regime exorbitante. O sentido de exorbitante no regime se refere à inexistência de similares prerrogativas nos contratos celebrados entre particulares.

Em verdade, o que se concebe como regime exorbitante não representa nada mais do que a já mencionada posição de superioridade do Estado nas relações que trava com os administrados, posição de quem tem que atender ao interesse público como encargo pelo exercício do poder que lhe foi conferido pelo próprio administrado. Portanto, o regime diferenciado desses contratos visa à proteção do interesse público.

O regime exorbitante se manifesta no poder de instabilização do vínculo, isto é, a prerrogativa de promover alterações e rescisão de forma unilateral, na intensa e ampla fiscalização e na aplicação de sanções administrativas que atingem a esfera de direito do particular para além da própria relação contratual¹⁸⁵.

¹⁸⁵ As infrações e sanções serão abordadas, com detenção, nos Capítulos V e VI, do presente trabalho.

2. O Instrumento Convocatório como ato normativo disciplinador da Licitação e sua força vinculante

Há mais de três décadas, ecoa uma contundente afirmação de Hely Lopes Meirelles: “*O edital é a lei interna da licitação...*”¹⁸⁶.

A toda evidência, o consagrado autor se referia à força vinculante do instrumento convocatório, não querendo dizer, com isso, que se tratava de lei, no sentido técnico ou formal da palavra.

A lei comporta análise sob o ponto de vista formal e sob o ponto de vista material ou substancial. Formalmente, a lei é o produto da atividade legislativa, exercida por representantes do povo, que têm legitimidade para apresentar proposições e submeter ao colégio de representantes, que decidem pela aprovação ou não da proposição por meio de votação.

Em sentido formal, isto é, como produto do exercício da função legislativa, exercida pelo Poder Legislativo, ensina o administrativista brasileiro:

Já no sentido formal, lei é ato jurídico emanado do Poder Legislativo, composto de representantes do povo, elaborado e aprovado de acordo com o processo legislativo estabelecido na Constituição, abstração feita de seu conteúdo.¹⁸⁷

Em sentido material, a lei é identificada substancialmente como norma geral e abstrata que inova a ordem jurídica. Nos dizeres de José Afonso da Silva, materialmente “*a lei consiste em um ato normativo de caráter geral, abstrato e obrigatório tendo como finalidade o ordenamento da vida coletiva, no sentido de trazer certeza, precisão e garantia às relações jurídicas*”¹⁸⁸, não importando quem o produza.

Resguardadas insignificantes diferenciações lingüísticas do conceito de lei perpetradas pela doutrina – insignificantes ao menos para este estudo -, a conceituação de lei seja em sentido formal, seja em sentido material não é palco de controvérsia doutrinária.

¹⁸⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 31.

¹⁸⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo*, p. 31.

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 443.

Atributo do instrumento convocatório é sua força vinculante, que se consubstancia na obrigatória observância, tanto pela Administração, como pelos interessados em disputar o objeto da licitação, de suas disposições.

É justamente esse atributo que assegura a igualdade de condições de participação entre todos os interessados e confere a necessária segurança jurídica, eis que elaborado previamente ao conhecimento de todos os interessados.

Nesse sentido, confirmam-se os ensinamentos de Carlos Ari Sundfeld:

A normação prévia é condição essencial do tratamento isonômico devido aos licitantes, ao propiciar a identidade de sua situação básica inicial (iguais informações para todos) e impedir a flutuação, quando do exame das condições subjetivas individuais e das propostas, dos critérios decisórios (igual tratamento para todos). Por isso, o edital é intocável após a divulgação: qualquer mudança importa na retomada do certame desde a origem (art. 21-§4º).

Para cumprirem fielmente sua função, indispensável as cláusulas do edital revestirem-se de generalidade, impessoalidade e objetividade; sem isso, impossível a imparcialidade.¹⁸⁹

A finalidade do instrumento convocatório é, portanto, dar concretude aos comandos legais genéricos estatuídos nos diplomas que cuidam de licitações e contratos administrativos, é um ato normativo de caráter complementar à lei. O instrumento convocatório encontra, na lei, sua razão de existir e seus limites.

Essa função de complementaridade à lei não difere substancialmente, senão por algumas particularidades, da competência regulamentar e da competência normativa da Administração.

Portanto, vamos tomar de empréstimo algumas lições aplicáveis ao regulamento, assim concebido, por Celso Antônio Bandeira de Mello, como *“ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução de lei cuja aplicação demande atuação da Administração Pública,”*¹⁹⁰ para melhor delinear o papel do instrumento convocatório.

¹⁸⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.98.

¹⁹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 27ª edição, p. 343.

2. 1. Perfil Constitucional do regulamento na ordem jurídica brasileira

Porque a princípio todos são iguais e livres para fazerem o que bem entenderem, faz-se necessário o estabelecimento de *discrimens* que possibilite o exercício pacífico e organizado da igualdade e da liberdade. Esse é o papel da lei: discriminar, de modo geral e abstrato, situações, estabelecendo direitos, obrigações e sanções.

Essas discriminações (leis) irradiam efeitos nos campos público e privado, ora se voltando aos particulares, ora se voltando ao Estado. Essa função legislativa compete, evidentemente, ao Poder Legislativo.

Visto que compete ao Poder Legislativo, no exercício da função legislativa, a criação do Direito, isto é, a emanção de atos de produção jurídica primária, como ensina Alessi, para quem tal produção significa a “*modificação em relação a uma situação jurídica dada*”¹⁹¹ e a inovação em caráter primário como “*exercício direto e imediato do poder soberano do Estado*”, acima e à margem das relações, cumpre verificar se a expedição de regulamento se amolda às características da função legislativa.

Utilizemos os mesmos aspectos formal e material acima referidos e aplicados à lei, para a conceituação de regulamento.

De início, cumpre dizer que formalmente, os institutos divergem radicalmente entre si, já que, por força da própria Constituição, a competência regulamentar, isto é, a competência para expedir regulamentos é reservada ao Chefe do Executivo, *ex vi* do disposto no art. 84, IV¹⁹².

No ensejo, trazemos o estudo do tema, por Márcio Cammarosano, que assim asseverou:

¹⁹¹ ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tradução espanhola por Buenaventura Pellié Prats. 3ª ed. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1970, p. 7.

¹⁹² Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

Regulamento é o ato ou efeito de regular, do latim ‘regulare’, regradar, estabelecer regras. Nesse sentido amplíssimo também podem ser considerados regulamentos as leis, os decretos-leis¹⁹³ etc. Mas, se apresentarmos os regulamentos de execução e os regulamentos independentes como espécies de um mesmo gênero que, por sua vez, não se confunde com a lei ou com o decreto-lei, p. ex., é porque os regulamentos em geral devem possuir, ao menos uma característica comum que os diferencie das demais espécies normativas.

O que diferencia, a nosso ver, o gênero regulamento das demais espécies normativas não é apenas uma, mas duas particularidades: a primeira consiste em que o regulamento compete ao Chefe do Executivo e a segunda resume-se em que o decreto regulamentar é a única espécie normativa produzida pelo Chefe do Executivo, sem submeter-se à prévia autorização do Legislativo (lei delegada) ou à aprovação ou rejeição desse mesmo Poder (decreto-lei).¹⁹⁴

Dedução lógica é afastar, portanto, qualquer similaridade entre lei em sentido formal e regulamento, já que a fonte de produção é outra, assim como diferem os processos de produção.

O problema se põe, portanto, quando se analisa o regulamento sob o ponto de vista material.

Cediço que o arcabouço inafastável do Estado de Direito impescinde de normas voltadas para todos e aplicáveis tantas vezes quantas houver subsunção dos fatos a um necessário modelo teórico. Em outras palavras, o caráter de generalidade e abstração das normas jurídicas é que asseguram a liberdade e a igualdade.

Assim sendo, não é difícil concluir que regulamentos também são normas gerais e, em regra, abstratas que inovam a ordem jurídica. Nesse ponto do estudo, o intérprete do direito poderia chegar a duas conclusões: a primeira, no sentido de que lei e regulamento materialmente são a mesma coisa, diferindo tão somente no aspecto formal (fonte produtora e processo de formação); e a segunda, que não podem ser a mesma coisa, sob pena de subverter a lógica da separação dos poderes, já que duas esferas diferentes – Legislativo e Executivo -

¹⁹³ O estudo donde se extraiu o excerto foi elaborado cerca de uma década anterior à promulgação da Constituição da República de 1988, daí caber, para a atual competência normativa, a medida provisória no lugar do decreto-lei.

¹⁹⁴ CAMMAROSANO, Márcio. Regulamentos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 51/52, p. 126-138, 1979, p.127.

poderiam exercer simultânea e concorrentemente a mesma competência. É a segunda conclusão a que nos agrada e que nos conduz ao prosseguimento do raciocínio.

Assim, na busca pelo diferencial material, faz-se necessário exame de outros aspectos, como especificidade de matéria veiculada em lei e em regulamento e seu significado na ordem jurídica. Essa reflexão deverá nos inspirar a complementar o conceito de lei e, conseqüentemente o de regulamento, para finalmente identificá-los como espécies normativas materialmente diferentes.

E, na esteira, retomemos a lição de Alessi que, ao descrever a função legislativa, agrega o caráter de primariedade próprio e exclusivo da lei, enquanto que o regulamento não ostenta tal caráter.

A diferença reside então, no caráter originário (ou primário, como preferiu Alessi) característico da lei e no caráter complementar do regulamento.

Também socorre a tal posicionamento Oswaldo Aranha Bandeira de Mello que, ao se referir às leis e seu caráter originário, ensina “*que inovam originariamente na ordem jurídica, portanto, de ordenação normativa da conduta dos componentes do Estado-sociedade, em caráter coercitivo*”. E mais adiante: “*A ação normativa é completada por outras normas jurídicas, que dispõem sobre a sua execução. São os regulamentos e as instruções.*”¹⁹⁵

A título de ilustração, trazemos também as reflexões de Celso Antônio Bandeira de Mello:

No Brasil, entre a lei e o regulamento não existe diferença apenas quanto à origem. Não é tão-só o fato de uma provir do Legislativo e outro do Executivo o que os aparta. Também não é apenas a posição de supremacia da lei sobre o regulamento o que os discrimina. Esta característica faz com o que o regulamento não possa contrariar a lei e firma seu caráter subordinado em relação a ela, mas não basta para esgotar a dissepção entre ambos no Direito brasileiro.

Há um ponto diferencial e que possui relevo máximo e consiste em que – conforme averbação precisa do Prof. O. A. Bandeira de Mello – só a lei inova em caráter inicial na ordem jurídica.

¹⁹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios gerais de direito administrativo*, pp. 6-7.

A distinção deles segundo a matéria, diz o citado mestre, 'está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera [...] É fonte primária do Direito, ao passo que o regulamento é fonte secundária inferior.'

Assim, a vocação de integralizar a ordem jurídica com mandamentos não originários e considerando o texto constitucional vigente, só se pode admitir o regulamento como atividade exercida no seio da função administrativa¹⁹⁶, esta, adstrita ao princípio da legalidade.

Visto que a expedição de regulamentos (normas gerais e abstratas que inovam em caráter secundário ou complementar à ordem jurídica, cuja competência é privativa do Chefe do Executivo), cumpre determo-nos nos limites que o ordenamento jurídico impõe aos regulamentos.

Retomemos, então, o texto constitucional, no mesmo art. 84, IV:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução;

O enfoque agora é outro: não verificar o aspecto formal, nem a fonte produtora, mas sim compreender sua vocação e seus limites. Isso leva a se concentrarem as luzes na parte final no transcrito inciso, que condiciona a expedição de regulamentos à fiel execução da lei.

Vale dizer que o chefe do Executivo, embora tenha alguma competência no processo legislativo (sancionar, promulgar e fazer publicar as leis), no que se refere à expedição de regulamentos, só o pode fazer para a fiel execução da lei.

Acerca do assunto, trazemos as precisas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Nisto se revela que a função regulamentar, no Brasil, cinge-se exclusivamente à produção destes atos normativos que sejam requeridos para

¹⁹⁶ Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, função administrativa é aquela "que o Estado, ou quem lhe faça as vezes, exerce na intimidade de uma estrutura e regime hierárquicos e que no sistema constitucional brasileiro se caracteriza pelo fato de ser desempenhada mediante comportamentos infralegais ou, excepcionalmente, infra-constitucionais, submissos todos a controle de legalidade pelo Poder Judiciário." *Curso de direito administrativo*, 22ª edição, p. 36.

‘fiel execução’ da lei. Ou seja, entre nós, então, como se disse, não há lugar senão para os regulamentos que a doutrina estrangeira designa como ‘executivos’.¹⁹⁷

Portanto, regulamentos não podem inovar originariamente a ordem jurídica, pois esse papel é único e exclusivo da lei, sob pena de se invertê-la e subvertê-la, com violação não apenas ao princípio da legalidade¹⁹⁸, como ao princípio da Separação dos Poderes.

Na classificação puramente doutrinária, aceita aqui e no direito estrangeiro, os regulamentos podem ser executivos, autorizados ou autônomos¹⁹⁹.

Em poucas palavras, pode-se dizer que regulamentos de execução são normas gerais e abstratas que instrumentam a autoridade administrativa para a fiel execução das leis. Não inovam originariamente a ordem jurídica; regulamentos autorizados ou delegados seriam válidos desde que, para tanto, fossem autorizados por alguma disposição de lei, que autorizasse o chefe do Executivo a baixar regulamento sobre determinada matéria, atuando, assim, em razão do exercício da competência dada por lei; e Regulamentos autônomos ou independentes, seriam aqueles que não têm berço na lei, isto é, independentes de lei.

¹⁹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 22ª ed., p. 329.

¹⁹⁸ Sobre os limites da competência regulamentar, confirmam-se os seguintes julgados:
ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. CONCINE. MULTA PREVISTA EM DECRETO EMANADO DO PODER EXECUTIVO. ILEGALIDADE.

1. Viola o princípio da legalidade a criação de multa por decreto, tal como ocorre na multa prevista no artigo 7º do Decreto nº 93.881/86.

2. É reserva da lei a criação de sanção administrativa.

3. Recurso especial improvido.

(REsp 1133177/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/10/2009, DJe 06/11/2009)

E M E N T A: ADIN - SISTEMA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR (SNDC) - DECRETO FEDERAL N. 861/93 - CONFLITO DE LEGALIDADE - LIMITES DO PODER REGULAMENTAR - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA. - Se a interpretação administrativa da lei, que vier a consubstanciar-se em decreto executivo, divergir do sentido e do conteúdo da norma legal que o ato secundário pretendeu regulamentar, quer porque tenha este se projetado ultra legem, quer porque tenha permanecido citra legem, quer, ainda, porque tenha investido contra legem, a questão caracterizara, sempre, típica crise de legalidade, e não de inconstitucionalidade, a inviabilizar, em consequência, a utilização do mecanismo processual da fiscalização normativa abstrata. - O eventual extravasamento, pelo ato regulamentar, dos limites a que materialmente deve estar adstrito podera configurar insubordinação executiva aos comandos da lei. Mesmo que, a partir desse vício jurídico, se possa vislumbrar, num desdobramento ulterior, uma potencial violação da Carta Magna, ainda assim estar-se-a em face de uma situação de inconstitucionalidade reflexa ou obliqua, cuja apreciação não se revela possível em sede jurisdicional concentrada.

(ADI 996 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 11/03/1994, DJ 06-05-1994 PP-10468 EMENT VOL-01743-02 PP-00221)

¹⁹⁹ Vide Márcio Cammarosano, *Regulamentos*, p. 130 e ss.

Entre nós, contudo, só há espaço para os regulamentos executivos, ou seja, expedição de normas secundárias e dependentes (necessidade de prévia lei que as preveja ou as enseje)²⁰⁰. É o que se chama de antecedente exclusivo.

Márcio Cammarosano explica com didatismo tal espécie de regulamento:

[...] os regulamentos de execução nada mais constituem do que regras jurídicas caracterizadas pela generalidade, mediante as quais o Executivo desenvolve competência normativa de caráter secundário, infralegal, razão porque só podem ser ‘secundum legem’.²⁰¹

Cumpre-nos mencionar o entendimento da consagrada doutrina pátria, sobre a âmbito da admissibilidade, pela ordem jurídica brasileira, dos regulamentos, iniciando com a sabedoria de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, o Texto Magno de 1988, tal como constava de diplomas anteriores, estabelece que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (atual art. 5º, II). Note-se que aí não se diz “em virtude de decreto, regulamento, portaria” ou quejandos, até porque, se o dissesse, o princípio da legalidade implodiria, deixando simplesmente de existir e assim se admitiria o País da condição de Estado de Direito. De par com o artigo citado e à moda do que dispunham documentos constitucionais precedentes, a Lei Maior estatui, em seu art. 84, IV, que ao Chefe do Poder Executivo compete: “sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução”. Vê-se, pois, que até os atos mais conspícuos da alçada da autoridade máxima do Poder Executivo, isto é, os decretos, regulamentares ou não, são previstos apenas para execução fiel das leis, o que descarta a hipótese de imporem, por si, à liberdade dos administrados qualquer limitação que não derive de uma lei. É, por isto, aliás, que, no Direito brasileiro – no qual só se admitem regulamento executivos – tais atos nada mais podem conter senão disposições limitadoras do âmbito de discricionariedade que da lei resultaria para a Administração, conforme adiante melhor se aclarará.²⁰²

Sobre a vocação do regulamento no direito brasileiro, afirma André Ramos Tavares que os regulamentos têm que dar maior grau de concretude às normas legais.

²⁰⁰ Nesse sentido, o seguinte julgado:

Lei e Regulamento – Distinção – Poder Regulamentar – Ampliação.

É da nossa tradição constitucional admitir o regulamento apenas como ato normativo secundário subordinado à lei, não podendo expedir comando *contra* ou *extra legem*, mas tão somente *secundum legem*.²⁰⁰

²⁰¹ CAMMAROSANO, Márcio, *Regulamentos*, p. 130.

²⁰² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Regulamento e Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 96, 1990, p. 43.

Os decretos regulamentares não se prestam, contudo, à mera repetição da lei, circunstância que lhes conferiria a qualidade de normas inúteis. Os decretos, quando editados, servem para conferir um grau de concretude às normas legais, explicitando-as, tornando-as executáveis pelos órgãos da Administração e pelos particulares. Frise-se que as restrições constitucionais acerca da natureza e conteúdo dos decretos não se tratam, tão somente, de “escolha do legislador constituinte”, mas sim, de acatamento até de certa forma pleonástico, do princípio da Separação dos Poderes.²⁰³

O constitucionalista José Afonso da Silva também enfrenta a questão:

Ao passo que o regulamento não contém, originariamente, novidade modificativa da ordem jurídico-formal; limita-se a precisar, pormenorizar, o conteúdo da lei. É, pois, norma jurídica subordinada. O regulamento tem limites decorrentes do direito positivo. Deve respeitar os textos constitucionais, a lei regulamentada e a legislação, em geral, e as fontes subsidiárias a que ela se reporta.²⁰⁴

Geraldo Ataliba também ao tratar do ponto concernente à função do regulamento, sob a perspectiva da ordem jurídica brasileira, afirma que “*sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la.*”²⁰⁵

Portanto, das lições acima, abstraímos que os regulamentos são normas dependentes de prévia lei que necessite de exeqüibilidade e concretude mediante expedição de normas infralegais.

A condição de complementaridade e dependência que delinea o regulamento implica em outra vertente de sua limitação, também com base na Carta Constitucional, especificamente em seu art. 5º, II²⁰⁶.

A intelecção do dispositivo, conjuntamente com a idéia de distribuição das funções estatais entre os três Poderes, conduz à afirmação de que só a lei, em sentido formal, obriga e só a lei pode prever sanções.

²⁰³ TAVARES, André Ramos. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: *Curso de Direito Administrativo Econômico*. v. II. São Paulo: Malheiros, 2006, p.183.

²⁰⁴ SILVA, José Afonso da, *Comentário Contextual à Constituição*, p. 484.

²⁰⁵ ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 22-23, 1969.

²⁰⁶ Art. 5º - [...]

II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Regulamento, como visto, não se confunde com lei e por essa razão, não pode criar obrigações, mas, tão somente, regulamentar o cumprimento de obrigações, sob o manto da lei, como bem observado por Celso Antônio Bandeira de Mello para quem,

[...] o preceptivo não diz ‘decreto’, ‘regulamento’, ‘portaria’, ‘resolução’ ou quejandos. Exige lei para que o Poder Público possa impor obrigações aos administrados. É que a Constituição brasileira, seguindo tradição já antiga, firmada por suas antecedentes republicanas, não quis tolerar que o Executivo, valendo-se de regulamento, pudesse, por si mesmo, interferir com a liberdade ou a propriedade das pessoas.²⁰⁷

Carlos Ari Sundfeld leciona no mesmo sentido:

De outro lado, só a lei pode definir e limitar o exercício dos direitos individuais. O interesse individual só cede ante interesses públicos e estes são estabelecidos pela lei, não pela vontade isolada do príncipe.(...) Com isso, os cidadãos se submetem ao governo da lei, vale dizer, têm seus deveres regulados por uma norma geral e abstrata, emanada da Assembléia de seus representantes.²⁰⁸

Eis o revés do princípio da legalidade na ótica da Administração Pública: enquanto que para os particulares tudo o que não for proibido está permitido, para a Administração a afirmação é oposta, tudo o que não for permitido está proibido. Para os particulares há a chamada vinculação negativa – liberdade de agir até encontrar proibição legal - e para a Administração, vinculação positiva – só agir por força e debaixo de lei.

Renato Alessi ao adotar o vocábulo subordinação para caracterizar a relação entre a função legislativa e a função administrativa, sendo esta subordinada àquela, esclarece:

Acerca das relações entre a função administrativa, assinalamos em primeiro lugar, que a função administrativa está subordinada à função legislativa. Tal subordinação, que resume o princípio da necessária legalidade da atividade administrativa, se entende em sentido negativo, isto é, no sentido de que a atividade administrativa encontra um limite formalmente insuperável na lei, a qual pode estabelecer proibições a determinadas atividades, tanto no que concerne a finalidades a alcançar, como no que se refere aos meios e formas a seguir para tanto. Mas se entende também, e sobretudo, em sentido positivo e não somente no sentido de que a lei pode vincular positivamente a atividade administrativa a determinadas finalidades ou a determinados meios ou formas, mas também no sentido de que como examinaremos melhor em

²⁰⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, pp. 328-329.

²⁰⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992, p. 45.

seu momento, a Administração só pode fazer aquilo que a lei permite, sobretudo no que concerne à atividade de caráter jurídico.²⁰⁹

A própria exegese do art. 37, “caput”, da Constituição da República (“*A Administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade...*”) embasa o conteúdo do princípio da legalidade para o Poder Público que, em poucas palavras, significa a submissão total e intransponível à lei.

Enquanto o princípio da legalidade é amplo e abrange essas duas vertentes (para o particular, com vinculação negativa, e para a Administração, com vinculação positiva), a combinação das duas vertentes conduz à conclusão de que a criação de obrigações e sanções só pode se dar mediante lei e só a existência de prévia lei permite a expedição de regulamentos limitados ao seu fiel cumprimento²¹⁰, sem ampliação ou redução de conteúdo e alcance.

Importante salientar que a competência regulamentar só tem ensejo quando necessária à execução de uma lei, afigurando-se como limite negativo a ausência de espaço para atuação administrativa.

O regulamento também se presta a limitar a discricionariedade administrativa, reduzindo a margem de liberdade ao administrador, conferida pela norma legal.

Nesse sentido, o magistério de Celso Antônio Bandeira de Mello, que admite a expedição de regulamentos para o estabelecimento de normas procedimentais orgânicas e nos casos em que a execução da lei reclama “averiguação ou operacionalização técnica”²¹¹. Nas palavras do autor:

[...] estas medidas regulamentares concernentes tão-somente à identificação ou caracterização técnica dos elementos ou situações de fato que respondem já agora de modo preciso, aos conceitos inespecíficos e indeterminados de

²⁰⁹ ALESSI, Renato, *Instituciones de Derecho Administrativo*, pp.12-13.

²¹⁰ Ainda se encontra outra disposição no direito positivo brasileiro que reforça a subordinação do regulamento à lei, quando autoriza o Congresso Nacional (titular do exercício da função legislativa e legitimado para exercer controle sobre os atos do Executivo) a sustar atos normativos emanados do Poder Executivo que desbordem da competência regulamentar. É o que inequivocamente estabelece o art. 49, V: *É de competência exclusiva do Congresso Nacional:*

V – sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;

²¹¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 362.

que a lei se serviu, exatamente para que fossem precisados depois de estudo, análise e ponderação técnica efetuada em nível da Administração, com o concurso, sempre que necessário, dos dados de fato e dos subsídios fornecidos pela Ciência e pela tecnologia disponíveis.²¹²

Vale dizer que a Administração tem uma função cognitiva complementar de certos aspectos técnicos ou científicos, o que enseja a competência normativa derivada desses aspectos técnicos.

Com relação a essa cognição científica, podemos citar como exemplos a competência da ANVISA de, mediante ato normativo infralegal, indicar tais ou quais práticas se caracterizam como serviços que colocam em risco a saúde pública²¹³ ou, ainda, a

²¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 364.

²¹³ Lei nº 9.782/99: Art. 7º Compete à Agência proceder à implementação e à execução do disposto nos incisos II a VII do art. 2º desta Lei, devendo:

I - coordenar o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária;

II - fomentar e realizar estudos e pesquisas no âmbito de suas atribuições;

III - estabelecer normas, propor, acompanhar e executar as políticas, as diretrizes e as ações de vigilância sanitária;

IV - estabelecer normas e padrões sobre limites de contaminantes, resíduos tóxicos, desinfetantes, metais pesados e outros que envolvam risco à saúde;

V - intervir, temporariamente, na administração de entidades produtoras, que sejam financiadas, subsidiadas ou mantidas com recursos públicos, assim como nos prestadores de serviços e ou produtores exclusivos ou estratégicos para o abastecimento do mercado nacional, obedecido o disposto no art. 5º da Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977, com a redação que lhe foi dada pelo art. 2º da Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998;

VI - administrar e arrecadar a taxa de fiscalização de vigilância sanitária, instituída pelo art. 23 desta Lei;

VII - autorizar o funcionamento de empresas de fabricação, distribuição e importação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei e de comercialização de medicamentos

VIII - anuir com a importação e exportação dos produtos mencionados no art. 8º desta Lei;

IX - conceder registros de produtos, segundo as normas de sua área de atuação;

X - conceder e cancelar o certificado de cumprimento de boas práticas de fabricação;

XIV - interditar, como medida de vigilância sanitária, os locais de fabricação, controle, importação, armazenamento, distribuição e venda de produtos e de prestação de serviços relativos à saúde, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

XV - proibir a fabricação, a importação, o armazenamento, a distribuição e a comercialização de produtos e insumos, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

XVI - cancelar a autorização de funcionamento e a autorização especial de funcionamento de empresas, em caso de violação da legislação pertinente ou de risco iminente à saúde;

XVII - coordenar as ações de vigilância sanitária realizadas por todos os laboratórios que compõem a rede oficial de laboratórios de controle de qualidade em saúde;

XVIII - estabelecer, coordenar e monitorar os sistemas de vigilância toxicológica e farmacológica;

XIX - promover a revisão e atualização periódica da farmacopéia;

XX - manter sistema de informação contínuo e permanente para integrar suas atividades com as demais ações de saúde, com prioridade às ações de vigilância epidemiológica e assistência ambulatorial e hospitalar;

XXI - monitorar e auditar os órgãos e entidades estaduais, distrital e municipais que integram o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, incluindo-se os laboratórios oficiais de controle de qualidade em saúde;

XXII - coordenar e executar o controle da qualidade de bens e produtos relacionados no art. 8º desta Lei, por meio de análises previstas na legislação sanitária, ou de programas especiais de monitoramento da qualidade em saúde;

XXIII - fomentar o desenvolvimento de recursos humanos para o sistema e a cooperação técnico-científica nacional e internacional;

XXIV - atuar e aplicar as penalidades previstas em lei.

XXV - monitorar a evolução dos preços de medicamentos, equipamentos, componentes, insumos e serviços de saúde, podendo para tanto:

a) requisitar, quando julgar necessário, informações sobre produção, insumos, matérias-primas, vendas e quaisquer outros dados, em poder de pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos neste inciso, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

b) proceder ao exame de estoques, papéis e escritas de quaisquer empresas ou pessoas de direito público ou privado que se dediquem às atividades de produção, distribuição e comercialização dos bens e serviços previstos neste inciso, mantendo o sigilo legal quando for o caso;

c) quando for verificada a existência de indícios da ocorrência de infrações previstas nos incisos III ou IV do art. 20 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, mediante aumento injustificado de preços ou imposição de preços excessivos, dos bens e serviços referidos nesses incisos, convocar os responsáveis para, no prazo máximo de dez dias úteis, justificar a respectiva conduta;

d) aplicar a penalidade prevista no art. 26 da Lei nº 8.884, de 1994;

XXVI - controlar, fiscalizar e acompanhar, sob o prisma da legislação sanitária, a propaganda e publicidade de produtos submetidos ao regime de vigilância sanitária;

XXVII - definir, em ato próprio, os locais de entrada e saída de entorpecentes, psicotrópicos e precursores no País, ouvido o Departamento de Polícia Federal e a Secretaria da Receita Federal.

§ 1º A Agência poderá delegar aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a execução de atribuições que lhe são próprias, excetuadas as previstas nos incisos I, V, VIII, IX, XV, XVI, XVII, XVIII e XIX deste artigo.

§ 2º A Agência poderá assessorar, complementar ou suplementar as ações estaduais, municipais e do Distrito Federal para o exercício do controle sanitário.

§ 3º As atividades de vigilância epidemiológica e de controle de vetores relativas a portos, aeroportos e fronteiras, serão executadas pela Agência, sob orientação técnica e normativa do Ministério da Saúde.

§ 4º A Agência poderá delegar a órgão do Ministério da Saúde a execução de atribuições previstas neste artigo relacionadas a serviços médico-ambulatorial-hospitalares, previstos nos §§ 2º e 3º do art. 8º, observadas as vedações definidas no § 1º deste artigo.

§ 5º A Agência deverá pautar sua atuação sempre em observância das diretrizes estabelecidas pela Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dar seguimento ao processo de descentralização da execução de atividades para Estados, Distrito Federal e Municípios, observadas as vedações relacionadas no § 1º deste artigo.

§ 6º A descentralização de que trata o § 5º será efetivada somente após manifestação favorável dos respectivos Conselhos Estaduais, Distrital e Municipais de Saúde.

Art. 8º Incumbe à Agência, respeitada a legislação em vigor, regulamentar, controlar e fiscalizar os produtos e serviços que envolvam risco à saúde pública.

§ 1º Consideram-se bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência:

I - medicamentos de uso humano, suas substâncias ativas e demais insumos, processos e tecnologias;

II - alimentos, inclusive bebidas, águas envasadas, seus insumos, suas embalagens, aditivos alimentares, limites de contaminantes orgânicos, resíduos de agrotóxicos e de medicamentos veterinários;

III - cosméticos, produtos de higiene pessoal e perfumes;

IV - saneantes destinados à higienização, desinfecção ou desinfestação em ambientes domiciliares, hospitalares e coletivos;

V - conjuntos, reagentes e insumos destinados a diagnóstico;

VI - equipamentos e materiais médico-hospitalares, odontológicos e hemoterápicos e de diagnóstico laboratorial e por imagem;

VII - imunobiológicos e suas substâncias ativas, sangue e hemoderivados;

VIII - órgãos, tecidos humanos e veterinários para uso em transplantes ou reconstituições;

IX - radioisótopos para uso diagnóstico *in vivo* e radiofármacos e produtos radioativos utilizados em diagnóstico e terapia;

X - cigarros, cigarrilhas, charutos e qualquer outro produto fumífero, derivado ou não do tabaco;

XI - quaisquer produtos que envolvam a possibilidade de risco à saúde, obtidos por engenharia genética, por outro procedimento ou ainda submetidos a fontes de radiação.

§ 2º Consideram-se serviços submetidos ao controle e fiscalização sanitária pela Agência, aqueles voltados para a atenção ambulatorial, seja de rotina ou de emergência, os realizados em regime de internação, os serviços de apoio diagnóstico e terapêutico, bem como aqueles que impliquem a incorporação de novas tecnologias.

§ 3º Sem prejuízo do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo, submetem-se ao regime de vigilância sanitária as instalações físicas, equipamentos, tecnologias, ambientes e procedimentos envolvidos em todas as fases dos

competência do Poder Executivo da União a indicar o que é considerado como produto capaz de causar dependência²¹⁴.

2.2. As outras competências normativas da Administração

Para além dos regulamentos (enfatizamos que regulamento, na ordem jurídica brasileira é o designativo do ato normativo de competência privativa do chefe do Poder Executivo), há uma gama de atos normativos hierarquicamente inferiores, como resoluções, instruções, portarias, regimentos, editais, entre outros atos de índole normativa expedidos pela Administração.

A esses atos aplicam-se, salvo pela competência para sua expedição, todas as observações pertinentes aos regulamentos, com a observação de que, por serem inferiores ao decreto regulamentar, encontram limite também nessa norma, caso exista no caso concreto²¹⁵.

É o que professa Celso Antônio Bandeira de Mello:

Assim, toda a dependência e subordinação do regulamento à lei, bem como os limites em que se há de conter, manifestam-se revigoradamente no caso de instruções, portarias, resoluções, regimentos ou normas quejandas.²¹⁶

2.3 Instrumento convocatório: norma geral e concreta

Pelo que expusemos nos itens anteriores, é possível afirmar que o edital²¹⁷ é um ato normativo expedido para definir as regras incidentes sobre cada procedimento licitatório.

processos de produção dos bens e produtos submetidos ao controle e fiscalização sanitária, incluindo a destinação dos respectivos resíduos.

§4º A Agência poderá regulamentar outros produtos e serviços de interesse para o controle de riscos à saúde da população, alcançados pelo Sistema Nacional de Vigilância Sanitária.

²¹⁴ Lei 11.343/06: Art. 1º Esta Lei institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes.

Parágrafo único. Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União.

²¹⁵ Assim é que, a título de exemplo, os editais de licitação na modalidade Pregão devem encontrar seus limites, na Lei 10.520/02 e no Decreto nº 3.555/00.

²¹⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 369-370.

É, portanto, uma norma geral, mas não abstrata, pois não se presta a múltiplas incidências, tendo vocação de incidência única, isto é, somente para a licitação que disciplina.

É norma geral porque se dirige a um número indefinido de pessoas, conquanto seja direcionado a certas categorias, como fornecedores de gêneros alimentícios, ou de automóveis ou de material didático ou de serviços de informática, ou empreiteiras e construtoras, etc., tudo a depender do objeto licitado.

Não é abstrata, é concreta porque vai ter sua aplicabilidade esgotada ao final da licitação, extinguindo-se por exaurimento de seus efeitos após incidência única, isto é, um determinado procedimento licitatório. Conquanto uma mesma norma contida no edital possa ter múltiplas incidências durante o certame, o edital em si, é vocacionado a incidir sobre um único procedimento licitatório.

A necessária edição de um instrumento convocatório para cada procedimento licitatório decorre de expressas disposições legais, contidas no art. 38, I, da Lei 8.666/93, art. 4º, III, da Lei 10.520/02, art. 18, da Lei 8.987/95 e art. 11, da Lei 11.079/04 e se presta a definir o objeto licitado, a estabelecer a modalidade de licitação, o critério de julgamento, as condições de participação, requisitos de habilitação, dentre outras.

Importa-nos voltar olhos à importância do instrumento convocatório quanto às infrações e sanções.

Como visto anteriormente, as leis regentes das licitações são genéricas e aplicáveis indistintamente, a todo e qualquer procedimento licitatório, razão pela qual se detecta tanto a impossibilidade quanto a inviabilidade de conter, no texto legal, tipos específicos, particularizados e adaptados a todos e a cada natureza de objeto licitado.

Nessa esteira, a função do ato convocatório assume crucial importância, pois nele deverão constar os tipos mais específicos e os pressupostos para a aplicação das sanções, reduzindo ou eliminando, tanto quanto possível, a grande margem de liberdade conferida pelo

²¹⁷ Celso Antônio define o edital como “o ato por cujo meio a Administração faz público seu propósito de licitar um objeto determinado, estabelece os requisitos exigidos dos proponentes e das propostas, regula os termos segundo os quais os avaliará e fixa as cláusulas do eventual contrato a ser travado”.²¹⁷

legislador ao estabelecer infrações genéricas e as sanções cabíveis sem uma íntima relação de adequação entre umas e outras.

Importante consignar que uma minuta do futuro contrato integra, como anexo, o instrumento convocatório.

Portanto, devem constar, tanto do edital, quanto da minuta do contrato, descrições pormenorizadas do que caracterizará, por exemplo, falha na execução do contrato²¹⁸ ou inexecução contratual²¹⁹, a despeito de alguns motivos aplicáveis na generalidade dos casos, para rescisão contratual derivada do descumprimento de obrigações ou pela prática de condutas vedadas²²⁰.

Nesse sentido, leciona José Roberto Pimenta Oliveira:

Como se trata de supremacia especial, caberá ao instrumento convocatório, sem afronta à legalidade, detalhar as hipóteses atreladas a cada modalidade sancionatória. Esta tarefa tipificante deve estar norteada pelo princípio da razoabilidade, sob pena de invalidade.²²¹

E, em parte, o magistério de Lucia Valle Figueiredo:

Consoante entendemos, tanto a advertência como a multa e, até mesmo, a suspensão temporária de licitar ou contratar devem estar previstas no edital que regeu a licitação. Não necessitariam de tipificação legal porque seria

²¹⁸ Infração prevista na Lei 10.520/02, art. 7º.

²¹⁹ Pressuposto amplíssimo para aplicação de sanções, previsto no art. 87, da Lei 8.666/93.

²²⁰ Conforme se depreende do art. 77 e parte do art. 78, da Lei 8.666/93:

Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

²²¹ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 406.

impossível. Em outras palavras: não haveria necessidade de que na lei já constassem os pressupostos diante dos quais a pena seria aplicada. Todavia, no atinente à inidoneidade para licitar – concordamos inteiramente com o Prof. Marçal Justen -, deve estar rigorosamente tipificada na lei, sob pena de inconstitucionalidade.²²²

Com relação às multas, tanto o instrumento convocatório como a minuta do contrato e o próprio contrato futuro devem dedicar itens e cláusulas a disciplinar sua aplicação, tendo em vista, inclusive, que o texto legal remete explicitamente ao contrato, a disciplina das multas por atraso e inexecução.

Assim é que o instrumento convocatório, como ato normativo complementar à lei, não pode trazer em seu bojo mera repetição do texto legal, pois isso infirma sua importante missão de estabelecer comandos particularizados para o interesse público subjacente à licitação e à contratação.

2.4. Relação entre lei, ato convocatório e contrato administrativo

Em razão do que já dissemos acerca da vocação da atividade normativa da Administração e dos limites intransponíveis do exercício dessa competência, é lógica a conclusão de que, se houver incompatibilidade entre o que dispõe a lei e o que dispõe o edital/carta-convite, prevalece o que dispõe a lei, maculando de invalidade o instrumento convocatório.

Portanto, a relação entre a lei e o instrumento convocatório é de submissão do segundo em relação à primeira. Editais e afins que veiculam disposições que suprimam ou reduzam direitos dos licitantes assegurados na lei ou que criem deveres fora da moldura legal, desborda sua função integradora e padece de ilegalidade.

Nesse sentido, leciona Marcio Cammarosano:

Se a Administração Pública expede ato - no caso, o edital - em descompasso com a lei, padecendo ele de vício que só pode ser corrigido mediante republicação do texto, reabrindo-se prazo para entrega de novas propostas, e se assim não procede, é a Administração quem, uma vez mais, viola a ordem

²²² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 519-520.

jurídica. Em rigor seria o caso, a este passo, de anulação do contrato dele decorrente (Lei nº. 8.666/93, art. 49, *caput*, segunda parte, e seu § 2º.), promovendo-se a responsabilidade de quem deu causa à nulidade (Lei nº. 8.666/93, art. 59, parágrafo único, última parte).²²³

Integra o instrumento convocatório, a minuta do futuro contrato²²⁴, cujas cláusulas devem estar em estrita consonância com o próprio edital e também vincula a Administração.

Eventual discrepância entre o que constar no corpo do edital e em qualquer de seus anexos, dentre eles, o que contém a referida minuta do termo, também deve ser corrigida pelo órgão ou ente licitador, se o contraste entre ambos resultar em incompatibilidade.

Concluída a licitação, será confeccionada a versão definitiva do contrato e esta deve ser a réplica fiel da minuta, apenas adicionando as informações pertinentes ao contratado, valor do contrato e demais peculiaridades decorrentes das propostas, nada mais que isso. São vedadas quaisquer alterações nas cláusulas contratuais em relação à minuta, por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. De nada adiantaria atribuir ao edital ou instrumento equivalente a força vinculante se tal vinculação não se estendesse ao contrato.

Insuscetível de dúvida, portanto, é a afirmação no sentido de que a minuta do contrato, bem como sua versão final, não podem contrariar a lei, pois, ambos são normas têm finalidades de complementaridade à norma legal.

²²³ CAMMAROSANO, Marcio, Contrato administrativo: aplicação de sanção administrativa pela não assinatura do contrato. Suspensão de inscrição em registro cadastral. Ilegalidade na imposição da pena. Fixação de responsabilidades, Doutrina 602/10/dez/1994, ILC - Informativo de Licitações e Contratos, Zênite, Curitiba, 1994.

²²⁴ Lei 8.666/93, art. 62, § 1º - A minuta do futuro contrato integrará sempre o edital ou ato convocatório da licitação.

Capítulo V – Infrações nas Licitações e Contratos Administrativos

Tanto a lei 8.666/93, como a lei 10.520/02, estabelecem diversas infrações sancionáveis com multa, advertência, suspensão temporária de participar de licitações e impedimento para contratar com a Administração, declaração de inidoneidade para contratar com a Administração Pública, essas referidas na lei geral de licitações, além da sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, prevista na lei disciplinadora da modalidade Pregão.

Algumas infrações são consumáveis antes mesmo da celebração do contrato, outras são tipicamente contratuais e ainda há uma terceira categoria de situações ensejadoras de sanção que, não relacionadas à execução do contrato, podem ocorrer antes e depois de sua formalização. Desta maneira sistematizamos as infrações.

1. Infrações consumáveis antes da celebração do contrato

A legislação impõe deveres aos licitantes e adjudicatários que, ao não observá-los, estarão sujeitos a sanções.

A partir do momento em que o particular apresenta sua proposta, passa a integrar o processo licitatório e fica submetido às regras da disputa, com todo o plexo de direitos e deveres inerentes a uma relação jurídica que se estabelece entre o órgão/ente licitador e aqueles particulares que exteriorizaram intenção de disputar o objeto licitado.

1.1. Não manutenção da proposta

A Lei Geral de Licitações impõe ao licitante o dever de manter sua proposta pelo prazo de 60 (sessenta) dias, lapso de tempo que a lei reputa como suficiente para a conclusão

do certame. É o que resulta da análise do disposto no art. 43, §6º²²⁵, c/c art. 64, §3º²²⁶, da Lei Federal nº 8.666/93 e também do art. 6º²²⁷, da Lei 10.520/02.

Nas modalidades estatuídas pela Lei 8.666/93, tal imposição se extrai da impossibilidade de desistência da proposta após a fase de habilitação, salvo se por motivo justo, decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão de Licitações. Na modalidade pregão, a imposição é feita em razão da inversão de fases que caracteriza o procedimento, sendo a classificação das propostas etapa anterior à de habilitação.

A exigência tem relação direta com os objetivos da licitação, já que uma liberdade de desistir da proposta em qualquer fase da licitação reduziria o grau do compromisso que o Poder Público espera do particular, colocando em risco o sucesso da disputa.

Por isso é correto afirmar que, também em matéria de licitações e contratos administrativos, o ato de apresentação da proposta vincula o licitante que não pode, por mera reavaliação de conveniência, desistir da proposta.

Dissemos também em licitações e contratos porque o Código Civil brasileiro, ao dispor sobre a formação dos contratos, estabelece de maneira clara e inequívoca que a proposta de contrato vincula o proponente, como se vê no artigo 427²²⁸.

Mas, a norma de licitações é racional e não exige sacrifícios, mas sim, comprometimento e seriedade do licitante, ao prever que, em razão de fato superveniente devidamente justificado, estaria dispensado o proponente, mediante decisão das autoridades licitadoras.

A toda evidência que o fato superveniente deve se revelar como impeditivo da manutenção da proposta, ou da manutenção sem prejuízos a serem experimentados pelo licitante, pois, do contrário, o que a norma exigiria, seria sacrifício e não compromisso.

²²⁵ Art. 43 [...] §6º - § 6º Após a fase de habilitação, não cabe desistência de proposta, salvo por motivo justo decorrente de fato superveniente e aceito pela Comissão

²²⁶ Art. 64[...]§ 3º - Decorridos 60 (sessenta) dias da data da entrega das propostas, sem convocação para a contratação, ficam os licitantes liberados dos compromissos assumidos

²²⁷ Art. 6º O prazo de validade das propostas será de 60 (sessenta) dias, se outro não estiver fixado no edital.

²²⁸ Código Civil, Art. 427. - A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso).

Afora a situação acima, é descabida a desistência da proposta. Cumpre-nos, portanto, verificar se a manifestação de desistência apresentada pelo proponente, e quanto a esse aspecto, devemos diferenciar a desistência nos procedimentos licitatórios regidos pela Lei 8.666/93 dos regidos pela Lei 10.520/02.

Como dito e redito, a proposta vincula o licitante, estabelecendo uma relação jurídica entre ele, o Poder Público e os demais proponentes. De acordo com o regramento estabelecido na lei geral de licitações, ao manifestar sua desistência fora dos permissivos legais, essa manifestação, nos procedimentos regidos pela Lei 8.666/93 é inócua e ineficaz, isto é, não produz efeito algum.

É possível afirmar, portanto, que a desistência da proposta é inócua e ineficaz, não se caracterizando sequer uma infração.

A ineficácia dessa manifestação de desistência já foi apontada por Marçal Justen Filho, para quem “[...] a desistência manifestada posteriormente à fase de habilitação será juridicamente ineficaz, eis que não terá o efeito de desvincular o licitante pela proposta realizada.”²²⁹

Inexiste, pois, arrependimento quanto à proposta e o licitante terá de honrá-la no momento oportuno, isto é, quando e se lhe for adjudicado o objeto, sob pena de incorrer na infração consistente em recusar-se a assinar o contrato, assujeitando-se às sanções correspondentes ao inadimplemento total do contrato.

Nem mesmo na ocorrência de erro na elaboração de sua proposta, o proponente estará livre para desvincular-se do compromisso, pois, estando dentro dos parâmetros de aceitabilidade estabelecidos no edital e na lei, o licitante descuidado permanecerá no certame.

Sendo ineficaz a manifestação de desistência injustificada da manutenção da proposta, tal comportamento, por si, não configura uma infração administrativa, observando-se, novamente, que em momento posterior do certame, caso não atenda à convocação para

²²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 585.

assinatura do contrato ou termo equivalente, restará configurada a infração examinada no tópico seguinte²³⁰.

Portanto, concluímos que o dever de manutenção da proposta é uma regra imposta por lei, mas seu descumprimento não se constitui, por si só, numa infração administrativa licitatória, nos procedimentos regidos pela Lei 8.666/93, já que a força vinculante da proposta obsta a eficácia da desistência, exceto se decorrido o lapso temporal de 60 dias (ou outro prazo assinalado pelo edital), ou se justificada por fato superveniente aceito pelas autoridades competentes.

Nas licitações regidas pela Lei 10.520/02, a desistência da proposta é tipificada como infração administrativa, o que se depreende diretamente do art. 7º²³¹ que traz o bloco de infrações e sanções aplicáveis à modalidade pregão e só se consuma após a adjudicação do objeto²³².

E como bem observado por Marçal Justen Filho, “*a recusa do adjudicatário em honrar sua proposta também é infração séria e relevante.*”²³³

Para fins da caracterização da infração, deve ser considerada como proposta, tanto aquela originalmente apresentada, como o valor final proposto após a fase de lances, já que, em tal modalidade licitatória, a proposta inicial pode sofrer variações para menor.

Portanto, o descumprimento do dever de manutenção da proposta em Pregão é comportamento típico e assujeita o infrator às sanções lá previstas.

²³⁰ É o que Jair Eduardo Santana denominou de sanção por equiparação, criticando o texto legislativo que faz a desistência da proposta equivaler à recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato. (Desistência injustificada da proposta e as sanções administrativas nas licitações. Aspectos práticos. Um (provável) equívoco doutrinário. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, n. 7/06, p. 635-642, 2006, p. 642.)

²³¹ Art. 7º Quem, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, deixar de entregar ou apresentar documentação falsa exigida para o certame, ensejar o retardamento da execução de seu objeto, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo ou cometer fraude fiscal, ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e, será descredenciado no Sicaf, ou nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

²³² A manifestação da desistência antes de adjudicado o objeto é comportamento ineficaz, tanto quanto a desistência nas demais modalidades licitatórias. Para Marçal Justen Filho, a retirada da proposta é juridicamente impossível. (*Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 242).

²³³ JUSTEN FILHO, Marçal, *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, p.242,

1.2. Recusa injustificada em assinar o contrato ou termo equivalente

Diferentemente do que ocorre em relação ao dever de manutenção da proposta, a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente (carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço)²³⁴, consubstancia-se em infração administrativa prevista, tanto na Lei 8.666/93, como na Lei 10.520/02, assujeitando o infrator às sanções estabelecidas nos respectivos diplomas.

Nenhuma dúvida emana dos dispositivos legais que tratam de impor a obrigatoriedade, ao adjudicatário, de atender à convocação do órgão ou ente licitador, para que, no prazo assinalado, celebre a avença ou afim. Tal obrigação emana do art. 64²³⁵, da Lei 8.666/93 e do art. 4º, incisos XXII e XXIII²³⁶, da lei 10.520/02.

Portanto, o licitante não está livre para decidir se atende ou não à convocação para assinatura da avença, pois da força vinculante da proposta deriva a obrigação de celebrar o contrato, caso venha a ser alçado à condição de adjudicatário.

Conhecida a obrigação, passemos à análise das conseqüências pelo descumprimento. Na Lei 8.666/93, o art. 81 prevê que a recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, no prazo estabelecido pela Administração, caracteriza descumprimento total da obrigação assumida e enseja a aplicação

²³⁴ A Lei 8.666/93 estabelece as hipóteses de obrigatoriedade de formalização de contrato e enumera, para as hipóteses não obrigatórias, quais são os termos equivalentes, conforme art. 62:

Art. 62. O instrumento de contrato é obrigatório nos casos de concorrência e de tomada de preços, bem como nas dispensas e inexigibilidades cujos preços estejam compreendidos nos limites destas duas modalidades de licitação, e facultativo nos demais em que a Administração puder substituí-lo por outros instrumentos hábeis, tais como carta-contrato, nota de empenho de despesa, autorização de compra ou ordem de execução de serviço.

²³⁵ Art. 64. A Administração convocará regularmente o interessado para assinar o termo de contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo e condições estabelecidos, sob pena de decair o direito à contratação, sem prejuízo das sanções previstas no art. 81 desta Lei.

²³⁶ XXII - homologada a licitação pela autoridade competente, o adjudicatário será convocado para assinar o contrato no prazo definido em edital; e
XXIII - se o licitante vencedor, convocado dentro do prazo de validade da sua proposta, não celebrar o contrato, aplicar-se-á o disposto no inciso XVI.

das penalidades “legalmente estabelecidas”²³⁷. A Lei 10.520/02, art. 7º - o já aludido bloco de infrações pertinentes às licitações na modalidade pregão -, dispõe que se o convocado, dentro do prazo de validade da proposta, não assinar o contrato estará sujeito às correspondentes sanções.

Pela dicção da norma contida na lei geral de licitações, não é qualquer recusa o comportamento que configurará a infração prevista na norma, mas sim, a recusa injustificada, de modo que se houver motivos hábeis a justificar o não atendimento à convocação ou a expressa recusa, não estará configurada a infração. Entendemos, assim, que a responsabilização decorrente da recusa é subjetiva, imprescindendo do elemento culpa, para a caracterização da infração.

Assim, o adjudicatário convocado que se omitir ou se recusar a assinar o contrato poderá apresentar as razões pelas quais assim se comportou e submeter essas razões à apreciação do órgão ou ente licitador.

Embora a lei não seja expressa quanto à necessária aceitação, pelas autoridades competentes, das justificativas apresentadas, é certo que a mera apresentação de justificativas não obsta a incidência da norma, já que é implícito que a Administração deva apreciar e aceitar as razões apresentadas, decidindo, sempre motivadamente, acerca da pertinência dos motivos retardadores ou impeditivos da assinatura do termo, justificando ou não o comportamento do adjudicatário.

Portanto, remanesce margem de liberdade à Administração, para apreciar e ponderar os motivos apresentados pelo adjudicatário, sempre pautada pelos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, como é regra nos atos expedidos no exercício da competência discricionária.

Caso não haja justificativas, por óbvio que se deve reputar como injustificada a recusa ou omissão e, caso haja justificativas, porém, não aceitas pela Administração, a

²³⁷ Art. 81. A recusa injustificada do adjudicatário em assinar o contrato, aceitar ou retirar o instrumento equivalente, dentro do prazo estabelecido pela Administração, caracteriza o descumprimento total da obrigação assumida, sujeitando-o às penalidades legalmente estabelecidas.

consequência automática é a decadência do direito de contratar, conforme expressa disposição legal, constante do mesmo art. 64.

No entanto, é claro o prejuízo causado à Administração, de modo que, pela ruptura do compromisso, entendendo-se por compromisso aquele assumido quando da apresentação da proposta, o adjudicatário que se recusa a firmar o instrumento ou se omite em fazê-lo incide no tipo previsto no art. 64 e, além de perder o direito de celebrar o respectivo instrumento, deverá ser punido, o que nos remete ao disposto no art. 81, da Lei 8.666/93.

O texto legal não prima pela clareza. Prevê que a recusa injustificada caracteriza descumprimento total da obrigação assumida, sendo que, cumpre ao intérprete descobrir a obrigação aludida na norma, já que inexistente contrato, bem como desvendar quais seriam as penalidades legalmente estabelecidas.

Quanto ao descumprimento da obrigação assumida, Marçal Justen Filho entende tratar-se de responsabilidade pré-contratual, recorrendo à teoria geral dos contratos e ao disposto no art. 427²³⁸, do Código Civil

É certo, pois, que contrato ainda não há, não se podendo falar em inexecução ou inadimplemento contratual. Todavia, a legislação brasileira equipara o descumprimento do dever de manutenção da proposta ao inadimplemento total do contrato, prevendo a aplicação da sanção cabível no caso de inadimplemento, o que nos parece desarrazoado e desproporcional.

O momento da consumação da infração aqui estudada é o termo assinalado pelas autoridades competentes, para a assinatura do contrato ou instrumento correspondente, pois é a partir daí que o interesse público passa a se ressentir do comportamento do particular.

A lei ainda prevê a possibilidade de prorrogação do prazo estipulado uma vez por igual período, desde que solicitado pelo convocado, cujo pedido deve ser fundamentado em motivo justo, precisamente no art. 64, §1º²³⁹.

²³⁸ Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso.

Aqui, novamente há certa margem de liberdade à Administração, para apreciar a justificativa apresentada pelo convocado e decidir, se os motivos apresentados são ou não justos.

Isto porque não há nada mais vago, cambiável e subjetivo do que o conceito de justiça ou justeza, seja para constatar se a recusa em assinar o contrato é justificável, seja para constatar se o pedido de prorrogação de prazo é igualmente justificável.

Quanto maior a margem de liberdade conferida à autoridade competente, menor é a segurança jurídica e tal afirmação sustenta a necessidade de redução, tanto quanto possível, da discricionariedade administrativa nesses casos.

Assim é que, na ocorrência de força maior e caso fortuito, afigura-nos correto afirmar que a Administração deverá aceitar a justificativa pela recusa da assinatura, bem como deverá prorrogar o prazo, se solicitado. Situações outras serão livremente apreciadas pela Administração.

Por outro lado, se os motivos apresentados, seja para a recusa, seja para o pedido de prorrogação, se assentarem em ineficiência do próprio vencedor da licitação ou a fatores que lhe são diretamente imputáveis, a Administração deverá decidir pela ocorrência da infração e, também, indeferir eventual pedido de prorrogação de prazo, pois, eventual clemência da Administração significará violação a direito de terceiros²⁴⁰ e às próprias regras que presidem a licitação.

Na lei instituidora da modalidade pregão, inexistente a qualidade “injustificado(a)”, constando, no entanto, do Decreto 3.555/2000, que veicula o regulamento do pregão, art.11, inc. XXIII²⁴¹, o que faz incidir, também para esses certames, as observações feitas para a infração prevista na Lei 8.666/93.

²³⁹ Art. 64, §1º: O prazo de convocação poderá ser interrompido uma vez, por igual período, quando solicitado pela parte durante o seu transcurso e desde que ocorra motivo justificado aceito pela Administração.

²⁴⁰ O §2º do mesmo art. 64 faculta à Administração convocar os classificados remanescentes, na respectiva ordem, para assinar o contrato nas mesmas condições propostas pelo primeiro colocado.

²⁴¹ Art. 11. A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

Para nós, o fato de constar a expressa ressalva de que não estará sujeito às sanções o convocado que deixar de assinar o contrato por razões justificáveis não autoriza o sancionamento automático, como consequência inevitável do não atendimento à convocação ou à própria recusa em firmar o termo.

Entendemos, que a infração só estará caracterizada se presente o elemento subjetivo, em qualquer de suas modalidades, ou não houver causas justificadoras do não atendimento à convocação, remetendo, tanto o adjudicatário, quanto à Administração, às excludentes de ilicitude aplicáveis genericamente às licitações e contratos administrativos, examinadas.

1.3. Não entregar documentação exigida para o certame

A Lei 10.520/02 tipifica como infração a conduta que intitula o presente tópico, consistente em deixar de entregar a documentação exigida para o certame estabelecendo sanções administrativas aos responsáveis.

A conduta infrativa comporta observações, considerando a sofrível técnica legislativa.

Não se pode considerar, simplesmente, a desídia ou desatenção do proponente que não foi cuidadoso o bastante para apresentar a totalidade da documentação exigida ou a totalidade da documentação exigida conforme os termos do edital, porque, a princípio, documentação incompleta ou em desacordo com o exigido gera, tão somente, sua desclassificação ou inabilitação (conforme a natureza da documentação defeituosa).

A infração só estará configurada se o licitante, sabedor de que não possui a documentação necessária ou qualquer das condições de participação no certame, entrega documentação incompleta ou em desacordo com as exigências preestabelecidas.

XXIII - se o licitante vencedor recusar-se a assinar o contrato, injustificadamente, será aplicada a regra estabelecida no inciso XXII

Tal infração é própria das licitações na modalidade Pregão, não existindo conduta infrativa correspondente nas demais modalidades (tal comportamento acarreta apenas a desclassificação ou a inabilitação do proponente), regidas pela Lei 8.666/93 e há uma razão para isso.

É consenso geral que a modalidade Pregão foi criada para conferir agilidade nos procedimentos para aquisições de bens e serviços, daí suas peculiaridades em relação às demais modalidades, como critério de julgamento único (somente menor preço), aplicabilidade restrita aos chamados bens e serviços comuns e inversão de fases, tudo visando à celeridade e simplicidade do procedimento.

Celeridade, agilidade e simplicidade são metas que não podem ser tomadas como soberanas, eis que, nem mesmo em nome delas se pode negligenciar toda a gama de princípios informadores da licitação, como isonomia, impessoalidade, vinculação ao instrumento convocatório, busca pela contratação mais vantajosa e moralidade, o que levou o legislador a estabelecer regras que combinam essas metas com esses princípios.

É assim que, a nosso ver, tem importância a apresentação de declaração, por parte de cada licitante, de que preenche os requisitos de habilitação (art. 4º, VII²⁴²), afigurando-se, tal exigência, como um aviso, um alerta aos licitantes, para que verifiquem atentamente a compatibilidade entre suas condições e as condições da disputa.

Esse desejo de lealdade e seriedade dos particulares é um coadjuvante ao atingimento das metas peculiares do Pregão, pois, pouco ou nada adiantaria o regramento presidido por disposições que prestigiem a celeridade e agilidade do procedimento se, por outro lado, não se contasse com a colaboração dos participantes.

1.4. Apresentação de documentação ou fazer declaração falsa

²⁴² Art. 4º A fase externa do pregão será iniciada com a convocação dos interessados e observará as seguintes regras:

VII - aberta a sessão, os interessados ou seus representantes, apresentarão declaração dando ciência de que cumprem plenamente os requisitos de habilitação e entregarão os envelopes contendo a indicação do objeto e do preço oferecidos, procedendo-se à sua imediata abertura e à verificação da conformidade das propostas com os requisitos estabelecidos no instrumento convocatório;

Com relação à apresentação de documentação falsa, a Lei 10.520/02 é expressa ao tipificar a conduta como infração administrativa, exegese clara e inequívoca do art. 7º. No regulamento veiculado pelo Decreto 3.555/00 consta a infração consistente em fazer declaração falsa, no art. 14.²⁴³⁻²⁴⁴

Marçal Justen Filho entende que é necessário dolo ou culpa gravíssima para a configuração do ilícito. Para o autor paraense, se o licitante recebe um documento cujos termos contêm indícios de falsidade detectáveis pela percepção de um sujeito normal e diligente, fica caracterizada culpa inescusável e ensejadora das sanções legais²⁴⁵.

Razão assiste ao jurista paranaense. Evidentemente, não se pode punir o licitante que apresenta documento falso, cuja falsidade não era facilmente detectável, tampouco o sujeito que não agiu dolosamente, seja produzindo o documento falso, seja encomendando-o ou adquirindo-o de terceiros.

No que concerne à declaração falsa, Vera Monteiro só admite o sancionamento em caso de má-fé do declarante²⁴⁶.

Com a autora também assentimos, pois fazer declaração significa uma tentativa deliberada de ocultar um fato ou uma realidade que desautorizaria a participação no certame.

A toda evidência, o licitante que se vale de tais expedientes, deve ser punido na via administrativa, sem nos olvidar que tal prática também é tipificada como crime.

²⁴³ Art. 14. O licitante que ensejar o retardamento da execução do certame, não mantiver a proposta, falhar ou fraudar na execução do contrato, comportar-se de modo inidôneo, fizer declaração falsa ou cometer fraude fiscal, garantido o direito prévio da citação e da ampla defesa, ficará impedido de licitar e contratar com a Administração, pelo prazo de até cinco anos, enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade.

²⁴⁴ Com relação à declaração falsa prevista no art. 14, do Decreto 3.555/00, a princípio poder-se-ia afirmar que a norma extrapolou sua vocação e limites constitucionalmente impostos, criando modalidade de infração sem base legal.

Todavia, entendemos que o tipo previsto na lei, descrito como “apresentar documentação falsa” engloba as declarações exigidas como condição de participação no certame, não havendo que se cogitar de vício de ilegalidade.

²⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, pp. 241-242.

²⁴⁶ MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 119.

Portanto, o licitante que apresenta documentação falsa ou faz declaração falsa comete, de uma só vez, infração(ões) penal (is)²⁴⁷ e infração administrativa, estando sujeito à responsabilização nas duas searas.

Nas licitações, podem ser exigidas diversas declarações dos licitantes, as quais, verificadas falsas, ou seja, de conteúdo inverídico, materializarão a conduta infrativa. No entanto, com relação à declaração prevista no art. 4º, inc. VII, da Lei 10.520/02 (o licitante declara que tem ciência de que cumpre todos os requisitos de habilitação), vindo, posteriormente a ser inabilitado não implica, necessariamente, no que a declaração apresentada era falsa. Expliquemos.

A declaração falsa a que alude a norma é aquela efetivamente mentirosa, incondizente com a realidade, como, *v.g.*, o caso de o licitante ter pendências fiscais ou pedido de falência, balanço negativo, ou qualquer outra situação patente e manifestamente mentirosa, aferível por simples verificação. É aquela indubitavelmente produzida com dolo, com má-fé, como dito anteriormente.

Todavia, situações haverá em que, mesmo posteriormente inabilitado, ao licitante não possa ser imputada a má-fé. É que as exigências para habilitação previstas no instrumento convocatório, notadamente as relativas à capacidade técnica, podem vir redigidas de maneira imprecisa, a comportar variadas interpretações quanto a seu conteúdo e alcance. Nesses casos, o adjudicatário, desde que revele uma interpretação razoável, coerente e lógica do conteúdo da exigência, ainda que diversa daquela adotada pelas autoridades julgadoras, não terá cometido a infração²⁴⁸.

²⁴⁷ A apresentação de documentos falsos equivale ao crime de uso de documento falso previsto no art. 304, do Código Penal e a falsificação de documentos públicos e particulares, bem como a falsidade ideológica são condutas tipificadas nos artigos 297 e seguintes, do mesmo diploma.

²⁴⁸ Na situação hipotética, poderia ser até mesmo descabida a própria inabilitação, pois entendemos que os itens do edital devem ser interpretados de maneira a propiciar a maior competitividade, em prestígio da busca pela melhor contratação e do princípio da isonomia, conjuntamente considerados. Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

Mandado de Segurança. Administrativo. Serviço de Radiodifusão. Licitação. Compreensão de Cláusulas Editalícias. Comprovação Suficiente. Edital de Concorrência Pública nº 030/2000 - SSR/MC. C.F., arts. 5º LXIX, e 37, XXI. Lei nº 8666/93.

1. Cláusulas editalícias com dicção condicional favorecem interpretação amoldada à sua finalidade lógica, merecendo compreensão moderada a exigência obstativa do fim primordial de licitação, aberta para ampla concorrência. A interpretação soldada ao rigor tecnicista deve sofrer temperamentos lógicos, diante de inafastáveis realidades, sob pena de configuração de revolta contra a razão do certame lucrativo.

2. Desfigurada a condição especial da ação – liquidez e certeza (art. 5º, LXIX, C.F.) –, o pedido de segurança não tem a louvação do sucesso.

A Lei Geral de Licitações não prevê tais comportamentos como infrações administrativas de maneira expressa como na lei que disciplina o Pregão, o que não significa infirmar que tal comportamento, se revelado nas outras modalidades licitatórias não configuraria infração administrativa.

Primeiramente, por razões lógicas, não se pode deixar impune tal comportamento desonesto dos licitantes, pois, é se uma conduta é grave o suficiente para ser alçada a crime, significa que há uma intensa violação à ordem jurídica, reclamando uma resposta também na via administrativa, desde que haja previsão para tanto, sob pena de se violar os princípios da legalidade e da tipicidade, incidentes, como visto, em matéria de infrações e sanções administrativas.

Em segundo lugar, a própria Lei 8.666/93, art. 88, estabelece tipos, em maior ou menor grau, abertos, que comportam diversas condutas dos licitantes, sendo possível afirmar, com segurança, que a apresentação de documentação falsa nas demais modalidades licitatórias configura infração administrativa tipificada como “praticar ato ilícito visando a frustrar os objetivos da licitação”, conforme inciso II, do mencionado artigo.

E, ainda que não houvesse tal previsão, entendemos que a apresentação de documento falso é uma conduta que, de maneira inexorável, está situada dentro da zona de

3. Segurança denegada.

MS 7724 / DF, Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, DJ 23/09/2002 p. 217

ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. HABITAÇÃO. VINCULAÇÃO AO EDITAL. MANDADO DE SEGURANÇA.

1. A interpretação das regras do edital de procedimento licitatório não deve ser restritiva. Desde que não possibilitem qualquer prejuízo à administração e aos interessados no certame, é de todo conveniente que compareça à disputa o maior número possível de interessados, para que a proposta mais vantajosa seja encontrada em um universo mais amplo.

2. O ordenamento jurídico regulador da licitação não prestigia decisão assumida pela Comissão de Licitação que inabilita concorrente com base em circunstância impertinente ou irrelevante para o específico objeto do contrato, fazendo exigência sem conteúdo de repercussão para a configuração de habilitação jurídica, da qualificação técnica, da capacidade econômico-financeira e da regularidade fiscal.

3. Se o edital exige que a prova da habilitação jurídica da empresa deve ser feita, apenas, com a apresentação do "ato constitutivo e suas alterações, devidamente registrada ou arquivadas na repartição competente, constando dentre seus objetivos a exclusão de serviços de Radiodifusão...", excessiva e sem fundamento legal a inabilidade de concorrente sob a simples afirmação de que cláusulas do contrato social não se harmonizam com o valor total do capital social e com o correspondente balanço de abertura, por tal entendimento ser vago e impreciso.

4. Configura-se excesso de exigência, especialmente por a tanto não pedir o edital, inabilitar concorrente porque os administradores da licitante não assinaram em conjunto com a dos contadores o balanço da empresa.

5. Segurança concedida.

MS 5779 / DF, Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 26/10/1998 p. 5

certeza positiva de comportamento inidôneo, previsto como infração, no inciso III, do mesmo art. 88, da Lei 8.666/93.

Portanto, a apresentação de documento falso em qualquer procedimento licitatório configura infração administrativa e, simultaneamente, infração penal, estando o responsável sujeito às cominações legais em ambas as esferas ou instâncias de responsabilização.

2. Infrações contratuais relacionadas à execução do objeto

2.1. Atraso injustificado

O dever de pontualidade e cumprimento dos prazos estipulados em contrato, além de ser intrínseco aos contratos de qualquer espécie, também configura infração administrativa contratual.

A lei geral de licitações prevê tanto a consequência de rescisão contratual, como a aplicação de multa, em caso de atraso injustificado na execução do contrato, conforme se depreende dos artigos 78, inc. IV²⁴⁹ e art. 86, *caput*²⁵⁰.

Porque o tipo menciona atraso injustificado, podemos afirmar, a exemplo das demais infrações cujos tipos contêm o adjetivo “injustificado”, que a mera impontualidade no cumprimento das obrigações contratuais por parte do contratado não caracteriza a infração, mas sim, a impontualidade injustificada, impondo-nos refletir sobre o conteúdo e o alcance da expressão tipificadora.

A análise do dispositivo legal conduz o intérprete à conclusão de que só estará caracterizada a infração, diante do atraso injustificado ou injustificável, isto é, se o atraso no cumprimento das obrigações contratuais, por parte do contratado não puder ser justificada, pois o mero evento atraso não é, *per se*, conduta típica.

²⁴⁹ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

²⁵⁰ Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

Pela univocidade do texto legal, também é possível afirmar que as sanções por atraso só podem ser aplicadas no caso de essas situações ocorrerem injustificada ou injustificavelmente, exurgindo a natureza subjetiva da responsabilização.

Vale dizer, portanto, que o legislador ordinário não previu a imposição de sanções administrativas na ocorrência de mero atraso, a par, evidentemente, de toda disciplina geral sobre excludentes de ilicitude e de responsabilidade.

Marçal Justen Filho, de há muito, sustenta a natureza subjetiva da responsabilização pelo atraso no cumprimento dos prazos estabelecidos em contrato:

Obviamente, somente incidirão as sanções administrativas em caso de inadimplemento culposo. Se havia motivo justificado para o atraso, o particular não poderá ser punido.²⁵¹

[...]

Portanto, não basta a mera verificação da ocorrência objetiva de um evento danoso. É imperioso avaliar a dimensão subjetiva da conduta do agente, subordinando-se a sanção não apenas à existência de elemento reprovável, mas também fixando-se a punição em dimensão comparável (proporcional) à gravidade da ocorrência.²⁵²

O jurista paranaense complementa o raciocínio apontando não só a necessidade de ocorrência de culpa do particular, mas também de prejuízo ao Poder Público, sem o quê não há reprovabilidade da conduta e a “*reprovabilidade envolve uma avaliação conjugada do posicionamento subjetivo do sujeito e dos efeitos danosos gerados pela infração*”²⁵³”

Ou seja, nas palavras do autor, para caracterização da infração, tem-se por necessária a presença do elemento subjetivo (culpa ou dolo) e efeitos danosos (prejuízos).

Concordamos em parte: entendemos absolutamente pertinente a aferição da reprovabilidade da conduta, mas eventuais prejuízos não integram o tipo infrativo. A infração estará configurada independentemente da ocorrência de prejuízos ou danos ao órgão ou ente licitador.

²⁵¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 596.

²⁵² JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 599-600.

²⁵³ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 621.

Contudo, a existência e extensão de efeitos danosos à Administração são elementos importantes na fixação do valor da multa, caso o contrato permita alguma margem de discricionariedade à Administração.

2.2. Inexecução parcial ou total

A lei geral de licitações prevê a aplicação de sanções aos contratados, pela inexecução, parcial ou total, do contrato.

Posicionamo-nos no sentido de estender, às hipóteses de inexecução contratual, a mesma sistemática de responsabilidade subjetiva que impera em matéria de licitações e contratos administrativos, salientando que não será a mera inexecução, o evento a caracterizar a infração, mas sim, a inexecução oriunda de culpa ou dolo do contratado.

Inexecução é a antítese da execução do contrato, portanto, se o contratado deixa de executar a obra, ou deixa de prestar o serviço, ou deixa de entregar o bem objeto da avença, incorrerá em inexecução total, se não cumprir nenhuma parcela das obrigações assumidas ou em inexecução parcial, se deixar de cumprir determinadas parcelas das mesmas obrigações, devendo-se compreender por inexecução a execução de coisa defeituosa, irregular ou diversa da contratada. Nada mais redundante.

O art. 78, da lei traz um catálogo de hipóteses que ensejam a rescisão unilateral do contrato, pela Administração, dentre elas, algumas relacionadas à execução do objeto do contrato, daí a extrairmos de seus dispositivos, alguns comportamentos do contratado que caracterizam inadimplemento contratual: genericamente, o não cumprimento ou cumprimento irregular de cláusulas, especificações, projetos ou prazos²⁵⁴; lentidão no cumprimento de modo a demonstrar a impossibilidade de atendimento dos prazos²⁵⁵; a paralisação da obra, do

²⁵⁴ I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

²⁵⁵ III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados

serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração²⁵⁶, e; o cometimento de falhas reiteradas na execução²⁵⁷.

Convém, ainda, identificar qual é o evento temporal que caracteriza o inadimplemento contratual, porque, quando relacionada à execução do objeto, ocorrerá, via de regra, sucessivamente ao atraso, infração diversa tratada no item anterior. A importância na identificação do termo final do atraso e do termo inicial do inadimplemento se verifica pelas diferentes conseqüências dadas, pela legislação, a um e a outro²⁵⁸.

Entendemos que se caracteriza o inadimplemento contratual a partir do momento em que não é mais possível o adimplemento das obrigações e isso pode se dar de várias maneiras: a) pela rejeição do objeto, nos termos do art. 76²⁵⁹; b) por decisão da Administração, quando detectar que não há mais possibilidade de adimplemento, nos termos do art. 78, III²⁶⁰; e, c) nas hipóteses previstas em contrato.

Consignamos que o recebimento definitivo da obra, serviço ou produto impede que se caracterize inexecução contratual para fins de imposição de sanção administrativa, remanescendo, no entanto, a responsabilidade civil do contratado, conforme previsto no art. 73²⁶¹ e na legislação específica, pertinente à atividade objeto do contrato.

2.3. Falha ou fraude na execução do contrato

A Lei 10.520 prevê a aplicação de sanções aos contratados que falharem ou fraudarem a execução do contrato.

²⁵⁶ V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

²⁵⁷ VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

²⁵⁸ Enquanto que para atraso injustificado a sanção correspondente é a multa de mora, prevista no art. 86, a inexecução contratual pode ensejar a aplicação de multa compensatória, advertência, suspensão do direito de licitar e declaração de inidoneidade, conforme estatui o art. 87, ambos da lei 8.666/93.

²⁵⁹ Art. 76. A Administração rejeitará, no todo ou em parte, obra, serviço ou fornecimento executado em desacordo com o contrato.

²⁶⁰ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

²⁶¹ Art. 73. Executado o contrato, o seu objeto será recebido:

§ 2º O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil pela solidez e segurança da obra ou do serviço, nem ético-profissional pela perfeita execução do contrato, dentro dos limites estabelecidos pela lei ou pelo contrato.

A despeito da inegável necessidade de melhor descrição da infração no contrato ou termo equivalente, entendemos que falhar e ou fraudar a execução do contrato são comportamentos similares à inexecução contratual prevista na Lei 8.666/93, adotando-se, para esses ilícitos decorrentes de avença derivada de pregão, as observações pertinentes à inexecução contratual.

Falhar é executar de modo irregular ou defeituoso, ou mesmo deixar de executar o objeto do contrato, seja de boa-fé (com culpa) ou de má-fé (com dolo) e, evidentemente, comporta diversos graus, sendo sancionáveis as falhas que não podem ser consideradas irrelevantes ou remediáveis.

Fraudar a execução do contrato significa fornecer bem ou o serviço diverso do que foi contratado, geralmente com perda significativa de qualidade, ou ainda, engendrar um engodo visando à obtenção do recebimento do objeto sem que se tenha adimplido com as suas obrigações ou qualquer forma ou tentativa de ocultação de falha na execução do contrato. Como afirma Marçal Justen Filho, “não haverá fraude quando o sujeito não se vale de expedientes ou artimanhas para obter resultado indevido”²⁶².

Enquanto a falha na execução pode ocorrer culposa ou dolosamente, a fraude só admite a modalidade dolosa.

2.4. Ensejar o retardamento da execução do objeto (do certame ou do contrato?)

Vem, no bloco de infrações previstos na Lei 10.520/02, o enigmático tipo “ensejar o retardamento da execução de seu objeto”. Marçal Justen Filho, com razão, tece ácidas críticas à técnica legislativa, pois não se pode depreender, ao certo, se a lei alude ao retardamento da execução do certame ou do próprio contrato.

Se considerada como retardamento da execução do contrato, a infração se assemelha ao atraso na execução previsto na lei geral de licitações e, nesse ponto,

²⁶² JUSTEN FILHO, Marçal, *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, p. 247.

discordamos do mestre paranaense que entende abrangido no “falhar na execução do contrato”, não apenas a inexecução, mas também o atraso²⁶³. Como dissemos anteriormente, entendemos que falhar se assemelha à inexecução total ou parcial do contrato, acomodando, assim, o mal redigido tipo a uma hipótese plausível, não contemplada ou abrangida em outro. Parece-nos ser esse o sentido da norma.

Considerando, portanto, que o mal redigido tipo infracional se refere a atraso na execução do contrato, entendemos que a existência de justificativas para o ocorrido eliminam a ilicitude, não configurando a infração. Por outro lado, na inexistência de razões que justifiquem o retardamento, a infração estará caracterizada, seja por culpa ou dolo do particular.

Todavia, se considerada como retardamento da execução do objeto do certame²⁶⁴, tendo-se por objeto do certame a seleção da proposta mais vantajosa ou a competição, a infração estaria configurada sempre que o licitante provocasse o retardamento do prosseguimento/encerramento da licitação, mediante condutas reprováveis. Quanto a tal aspecto, reconciliamo-nos com os ensinamentos de Justen Filho, que condiciona a configuração da infração mediante a combinação da existência de conduta reprovável e resultado danoso²⁶⁵.

Nas hipóteses em que o licitante, valendo-se dos meios lícitos como impugnações, recursos ou medidas judiciais, provocar a suspensão, invalidação ou qualquer outro modo de não atingimento dos prazos “desejados” pela Administração para conclusão do procedimento, não restará configurada a infração.

Vale dizer, que o exercício regular de direitos e prerrogativas²⁶⁶, como diz Justen Filho, não ensejam a reprovabilidade indispensável à consumação do ilícito, até porque, se assim o fosse, além de a norma se afigurar como irremediavelmente distorcida e incompatível com o Estado Democrático de Direito e todo o bloco de garantias que traz consigo,

²⁶³ JUSTEN FILHO, Marçal, *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, p. 244.

²⁶⁴ Se assim fosse, reconhecemos que a infração deveria ser inserida no tópico destinado às infrações consumáveis antes da assinatura do contrato, mas tivemos que optar por onde inseri-la, dado seu alto grau de indefinição.

²⁶⁵ JUSTEN FILHO, Marçal, *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, p.244.

²⁶⁶ JUSTEN FILHO, Marçal, *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, p. 245.

possibilitaria o sancionamento de indivíduos que sequer estejam participando do próprio certame, v.g., um autor popular, o que seria totalmente destituído de sentido.

Seria, portanto, a reprovabilidade do meio utilizado pelo particular o elemento essencial a ser considerado, juntamente ao resultado retardamento, para a configuração da infração que, em razão disso, impescindiria de dolo.

2.5. Subcontratação e modificações societárias não admitidas no edital e no contrato

Constam, no art. 78, incisos VI²⁶⁷ e XI²⁶⁸, da Lei 8.666/93, infrações, relacionadas ou não à execução do objeto do contrato, mas que constitui motivo para aplicação de sanção ao contratado, consubstanciadas na subcontratação total ou parcial do objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato, e, ainda, na alteração social ou modificação da finalidade ou estrutura da empresa que prejudique a execução do contrato.

Tais práticas receberam a atenção do legislador e ensejam a rescisão do contrato, porque podem se consubstanciar em verdadeira burla à licitação, por parte do contratado. As hipóteses de subcontratação, cessão, etc. só são admissíveis na forma do edital e do contrato e devem ser reduzidas, para que não torne inócuo o procedimento licitatório, pelo trespasse do objeto a terceiros que não participaram do certame e cuja aptidão para ser contratado pela Administração não foi aferida na seara própria.

2.6. Não manutenção das condições de habilitação

²⁶⁷ VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

²⁶⁸ XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

É cláusula necessária de todo contrato administrativo, a imposição do dever de o contratado manter, durante a execução do contrato, todas as suas condições de habilitação, conforme estabelece o art. 55, XII²⁶⁹, da Lei 8.666/93.

A princípio, é de se pensar que ao descumprimento desse dever não corresponda nenhuma sanção, pois não há, nem mesmo, uma hipótese específica de rescisão unilateral lastreada na perda das condições de habilitação, a despeito das numerosas hipóteses previstas no art. 78, da mesma Lei 8.666/93.

Entendemos, entretanto, que a perda das condições de habilitação durante a execução do contrato pode ser enquadrada no genérico inciso I, do art. 78, que estabelece, como hipótese de rescisão unilateral, o não cumprimento de cláusulas contratuais.

Evidentemente, a rescisão não seria uma consequência automática, pois o exame dos motivos e da culpabilidade do contratado devem ser muito ponderados.

Cogitamos que a não manutenção das condições de habilitação é questão que pode estar associada a efeitos de sanções por infrações cometidas em outras licitações e/ou contratos, como efeito reflexo, por exemplo, de uma declaração de inidoneidade. A questão será melhor analisada no capítulo seguinte, ao tratarmos da extensão das sanções.

3. Hipóteses de sancionamento por comportamentos ou eventos ocorridos antes ou depois da assinatura do contrato

Por força do que dispõe a lei geral de licitações, determinadas práticas reveladas pelo contratado, não relacionadas à execução do objeto do contrato, mas vinculadas genericamente ao contrato, são sancionáveis com a suspensão temporária do direito de licitar e impedimento para contratar, bem como a de declaração de inidoneidade para licitar ou

²⁶⁹ Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam: XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

contratar com a Administração Pública. É o que vem disposto no artigo 88²⁷⁰, da Lei 8.666/93.

Muito embora toda e qualquer violação de cláusula contratual possa ser considerada como inadimplemento, assim concebido num sentido mais amplo, esses comportamentos ou fatos classificados como graves, pelo legislador, prescindem de previsão contratual, de modo que são condutas e fatos que ocorrem durante a execução do contrato, mas não necessariamente significam um descumprimento de obrigação contratual.

Evidentemente, por prescindirem de disposição contratual e descenderem diretamente da lei, as hipóteses legais referem-se a prática de ilícitos, e se consubstanciam em normas em branco, isto é, a ilegalidade da conduta é determinada por outra(s) norma(s) que pode ser de direito tributário, penal, civil ou pertencer a qualquer ramo do Direito.

Vale dizer que a lei determina a aplicação de sanções administrativas pelo cometimento de infrações que podem ou não ser administrativas.

São três as hipóteses previstas no mencionado artigo 88: condenação definitiva por fraude fiscal dolosa no recolhimento de quaisquer tributos (inc. I), prática de atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação (inc. II) e demonstrar não possuir idoneidade para contratar com a Administração, em razão de ilícitos praticados (inc. III).

Consta, também, no art. 7º, da lei 10.520/02, duas hipóteses de sancionamento administrativo similares às previstas na lei geral de licitações, quais sejam: cometimento de fraude fiscal e comportamento inidôneo.

Passemos à análise dessas hipóteses.

²⁷⁰ Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei:

I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos;

II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação;

III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.

3.1. Cometimento de fraude fiscal

A norma contida no primeiro inciso, do artigo 88, da lei geral de licitações estabelece que as empresas ou profissionais que, em razão dos contratos firmados com o Poder Público, tenham sido condenadas definitivamente e por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos, estarão sujeitas às sanções que alude.

Pelo que consta do caput do art. 88, a punição do particular ocorre em razão do contrato, de modo que só podemos compreender seu conteúdo associando a fraude fiscal no recolhimento de tributos cuja quitação deve se consubstanciar em requisitos de habilitação (regularidade fiscal, conforme estabelecida no art. 29²⁷¹) ou no recolhimento dos tributos incidentes sobre a atividade econômica objeto do contrato.

Portanto, a situação descrita na norma pode ocorrer antes ou depois da assinatura do contrato, assinalando que não se trata de um comportamento sancionável administrativamente, mas sim de do evento condenação, esta sim, oriunda de um comportamento ilícito.

Quanto ao elemento subjetivo, o texto legal é expresso ao condicionar o sancionamento à condenação por fraude dolosa. A condenação a que alude o dispositivo deve emergir de processo judicial penal com decisão transitada em julgado, sendo essa hipótese, a única possível de se enquadrar na condição de definitividade, também exigida pela lei.

Dissemos processo penal, porque fraude fiscal, conquanto a expressão não corresponda a nenhum tipo penal específico, refere-se, por interpretação sistemática, à ondenação por crimes dolosos contra a ordem tributária²⁷² e por crimes dolosos decorrentes do não recolhimento do o recolhimento irregular de tributos²⁷³.

²⁷¹ Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal, conforme o caso, consistirá em:

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

²⁷² Definidos na Lei 8.137/90, sobretudo, nos artigos 1º e 2º:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

Com relação à fraude fiscal mencionada como hipótese sancionável pela lei disciplinadora do pregão, conquanto não haja menção expressa ao evento condenação ou condenação definitiva, por razões lógicas, só terá cabimento na mesma situação pertinente à lei de licitações.

Isto porque a constatação de fraude fiscal só pode se dar mediante processo judicial e, de acordo com o que dispõe o art. 5º, inc. LVII²⁷⁴, da Constituição da República, ninguém poderá ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Assim sendo, a aplicação da sanção prevista na Lei 10.520/02 não prescinde de prévia condenação judicial transitada em julgado, pelo cometimento dos crimes relacionados.

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II - deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III - exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV - deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V - utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Contrabando ou descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

²⁷³ Como, p.e., do tipificado no art. 334, do Código Penal:

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de um a quatro anos.

²⁷⁴ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

3.2. Cometimento de ato ilícito visando a frustrar os objetivos da licitação

A hipótese prevista no inciso II, do art. 88 prevê o sancionamento do particular que tenha praticado atos ilícitos, visando a frustrar os objetivos da licitação, o que impende afirmar que esses atos ilícitos precedem a assinatura do contrato.

Como dito anteriormente, o caput do art. 88 contém a expressão “em razão dos contratos regidos por esta Lei”, de modo que as sanções administrativas previstas só terão ensejo se o particular que cometeu ilícitos ainda durante o procedimento licitatório (até mesmo durante a etapa interna, anterior, portanto, à publicação do edital) vier, posteriormente, a ser contratado.

A existência de um contrato é, pois, *conditio sine qua non* para que possa haver a imposição da sanção administrativa por comportamentos ocorridos em momento anterior à assinatura do termo.

No caso de o particular cometer o mesmo ato ilícito visando a frustrar os objetivos da licitação, mas não chegar a ser contratado, não incidirá a norma do art. 88 e, portanto, as sanções administrativas não terão seu ensejo.

Não obstante, esse particular estará sujeito às responsabilizações decorrentes do ato ilícito, sejam elas de natureza civil, penal ou outras, o que afasta qualquer idéia precipitada de impunidade.

Da mesma maneira que na hipótese anterior (fraude fiscal), entendemos que os atos ilícitos a que se refere o inciso II, do art. 88 só se afiguram aptos a ensejar a imposição de sanção, se constatados em processo judicial e, embora a legislação tipifique como crime²⁷⁵

²⁷⁵ Conforme os crimes estatuídos na Lei 8.666/93:

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 91. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda,

diversas condutas que visem a frustrar os objetivos da licitação (busca pela melhor contratação assegurada a igualdade de condições de participação com a maior competitividade), a lei não faz distinção acerca da natureza do ato ilícito, admitindo-se, tanto quanto possível, o sancionamento decorrente de condenação por ilícitos de outras naturezas de outras naturezas.

Os ilícitos referidos, por visarem à frustração dos objetivos da licitação, devem ser praticados com má-fé, com dolo, portanto.

3.3. Comportamento inidôneo

pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena o contratado que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, obtém vantagem indevida ou se beneficia, injustamente, das modificações ou prorrogações contratuais.

Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procura afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Art. 96. Fraudar, em prejuízo da Fazenda Pública, licitação instaurada para aquisição ou venda de bens ou mercadorias, ou contrato dela decorrente:

I - elevando arbitrariamente os preços;

II - vendendo, como verdadeira ou perfeita, mercadoria falsificada ou deteriorada;

III - entregando uma mercadoria por outra;

IV - alterando substância, qualidade ou quantidade da mercadoria fornecida;

V - tornando, por qualquer modo, injustamente, mais onerosa a proposta ou a execução do contrato:

Pena - detenção, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incide na mesma pena aquele que, declarado inidôneo, venha a licitar ou a contratar com a Administração.

Art. 98. Obstar, impedir ou dificultar, injustamente, a inscrição de qualquer interessado nos registros cadastrais ou promover indevidamente a alteração, suspensão ou cancelamento de registro do inscrito:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

E, ainda, o crime de Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência, previsto no art. 335, do Código Penal:

Art. 335 - Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único - Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

Embora tanto da lei geral de licitações, no inciso III, do citado art. 88, como a lei do Pregão, no mesmo art. 7º, façam referência a comportamento inidôneo como hipótese de sancionamento administrativo, os dispositivos comportam análise separada.

3.3.1. A inidoneidade referida no art. 88, III, da Lei 8.666/93:

A inidoneidade é a qualidade daquilo ou daquele que não é idôneo²⁷⁶, ou seja, daquilo ou daquele que não é próprio, adequado, apto, capaz, competente. Nos termos da lei 8.666/93, a inidoneidade é punida com a “declaração de inidoneidade”, estatuída no art. 87, IV. Portanto, os apenados com tal sanção, podem ser denominados de juridicamente inidôneos, pois se trata de uma inidoneidade jurídica e não moral ou valorativa desassociada do direito.

Novamente, a dificuldade de examinar a hipótese decorre da má redação da lei.

Tautologicamente, o inciso III, estabelece que será punido com a suspensão temporária e impedimento ou com a declaração de inidoneidade aquele que demonstrar não possuir inidoneidade.

Marçal Justen Filho critica o dispositivo afirmando que padece de vício de autorreferibilidade²⁷⁷, pois estabelece que será declarado inidôneo aquele que não demonstra idoneidade, o que soa parecido com a fictícia norma que prescreve: será declarado seqüestrador aquele que seqüestrar alguém, sem definir ou descrever qual comportamento será considerado seqüestro.

Será punido com declaração de inidoneidade aquele que demonstra não possuir idoneidade, ficando a dúvida se o vocábulo “inidoneidade” a que se refere o inciso é a inidoneidade jurídica declarada e materializada numa sanção específica ou se a inidoneidade qualitativa genericamente daquele que não revela comportamento idôneo. O único limite que

²⁷⁶ Idôneo no Dicionário Michaelis: *adj (lat idoneu)* **1** Próprio para alguma coisa. **2** Apto, capaz, competente. **3** Adequado. Idôneo no Dicionário Aurélio: *adj.* Conveniente, próprio para alguma coisa. / Capaz de exercer atos civis e políticos. / Apto, capaz; adequado.

²⁷⁷ JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 860.

se extrai do dispositivo é que a inidoneidade que gera declaração de inidoneidade decorre de ato ilícito, portanto, atribuída a partir de valores morais juridicizados.

Em outras palavras, não são fornecidos pela norma os mínimos elementos para que se identifiquem comportamentos ilícitos que revelam a inidoneidade do contratado. Ora, todas as hipóteses anteriores (fraude fiscal e ato ilícito visando a frustrar os objetivos da licitação) são reveladoras da inidoneidade do indivíduo.

Como então, desvendar o conteúdo da norma sem torná-la abrangida em outras hipóteses? A única solução plausível seria abranger no inciso III, todos os atos ilícitos, de alguma forma relacionados ao contrato (pois não se pode olvidar da expressão “em razão dos contratos regidos por esta lei”, integrante o *caput* do artigo), mas que não se refiram à fraude fiscal ou não tenham visado à frustração dos objetivos da licitação e que sejam considerados graves o suficiente para reputar inidoneidade decorrente desses atos ilícitos. Além disso, é possível cogitar, com contemperamentos, da prescindibilidade de condenação em processo judicial.

E porque a lei estabelece que será punido com a declaração de inidoneidade **ou** com a suspensão temporária, a inidoneidade referida no dispositivo comporta graus e condicionantes próprios²⁷⁸ a ensejar a aplicação de uma ou de outra sanção.

O resultado dessa interpretação, que nos afigura como possível, para o quase ininteligível dispositivo conduz a um outro problema: conquanto as hipóteses dos incisos I e II não se caracterizam pela descrição exata de comportamentos e eventos que ensejam a aplicação de sanções, a hipótese do inciso III propicia uma margem demasiado alargada de liberdade para a Administração, de qualificar um ato ilícito como revelador de inidoneidade.

Exceto pela possibilidade de a hipótese vir melhor colocada em contrato – o que não ocorre na prática -, a aplicação das sanções, nas hipóteses do artigo 88, impescindem de previsão contratual e não há nenhuma norma regulamentar que delimite ou indique as hipóteses de cabimento, o que enseja a atuação administrativa com lastro direto na lei.

²⁷⁸ Sobre as especificidades de cada sanção, vide Capítulo VI.

Em sendo a lei redigida de maneira inegavelmente dúbia, com um elemento supostamente tipificante que, além de ser indeterminado, sequer é utilizado num único sentido, não sendo possível identificar o comportamento ou evento ensejador da sanção, é imperioso o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, por violação do princípio da segurança jurídica, da certeza do direito.

3.3.2. O comportamento inidôneo referido no art. 7º, da lei 10.520/02:

Embora analisada em tópico separado, a hipótese do art. 7º compartilha alguns dos problemas referidos na sua feição da lei 8.666/93. Versa o dispositivo que aquele que se comportar de modo inidôneo estará sujeito à sanção de impedimento de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios e será descredenciado dos órgãos de registros cadastrais, além das demais cominações legais.

De início, nossa crítica: o bloco de infrações e sanções estabelecido na Lei 10.520/02 parece fruto de uma injustificada economia de palavras ou revela o descuido do legislador que, no afã de editar uma lei “enxuta”, negligenciou sua missão de expedir comandos, cuja intelecção seja meridiana clara e certa, com a agravante de se tratar de comportamentos ensejadores de severas sanções.

A economia de palavras vestidas de sentido lógico não impede que se façam algumas observações quanto à inidoneidade mencionada. É que não se pode considerar esse comportamento inidôneo como aquele entendido a partir de valores pessoais, morais não juridicizados ou subjetivos da autoridade competente. O mínimo que se pode compreender como comportamento inidôneo é o comportamento ilícito, tal como exigido na vaga hipótese do inciso III, do art. 88, da lei 8.666/93, acima apresentada.

Razão assiste, novamente, a Marçal Justen Filho quando afirma que “*não é possível remeter a algum juízo opinativo, fundado em preferências subjetivas ou processos psicológicos irracionais do administrador*”²⁷⁹.

²⁷⁹ JUSTEN FILHO, Marçal, *Pregão: Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico*, p. 260.

Nesta hipótese, revelará comportamento inidôneo aquele que tenha praticado ato ilícito não abrangido nas demais hipóteses do próprio artigo 7º (apresentação de documentação falsa, fraudar na execução do contrato, cometer fraude fiscal) e que seja considerado grave o suficiente, a alijá-lo temporariamente das licitações e contratos administrativos.

Valem aqui, as mesmas observações feitas ao inciso III, do art. 88, da lei 8.666/93, quanto à sua inconstitucionalidade, levando-se em consideração, ainda, que o regulamento da lei traz redação idêntica, no já aludido art. 14, do Decreto 3.555/00.

Capítulo VI – Sanções nas Licitações e Contratos Administrativos

1. Considerações iniciais

Para introduzir o assunto, trazemos alguns conceitos de sanção e de sanção administrativa, colhidos na doutrina nacional:

Celso Antônio Bandeira de Mello diz que “*sanção administrativa é a providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração*”.²⁸⁰

Daniel ferreira conceitua sanção como “*a direta e imediata conseqüência jurídica, restritiva de direitos, de caráter repressivo, determinada pela norma jurídica a um comportamento nela previsto*”²⁸¹, e, quanto à finalidade, defende que “*a sanção se realiza como resposta jurídica de modo a exatamente desestimular a incursão no ilícito e possui, portanto, natureza repressiva e restritiva de direitos, podendo ser assumida como um mal, um castigo mesmo, mas apenas quando recaída sobre o infrator.*”²⁸²

Heraldo Garcia Vitta conceitua sanção administrativa como

[...] a conseqüência repressiva, estipulada pela ordem jurídica e imposta por autoridade administrativa, no exercício da função administrativa, desfavorável ao sujeito (infrator ou responsável), com a finalidade de desestimular as pessoas a descumprirem as normas do ordenamento normativo, em virtude de conduta (comissiva ou omissiva) praticada em ofensa ao mandamento da norma jurídica.²⁸³

Fabio Medina Osório propõe seu conceito de sanção e a caracteriza como um mal, um castigo e admite a aplicação de sanções administrativas pelo Judiciário²⁸⁴, posicionamento que discordamos.

²⁸⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 26ª ed., p. 848.

²⁸¹ FERREIRA, Daniel, *Sanções Administrativas*, p. 25.

²⁸² FERREIRA, Daniel, *Teoria Geral da infração administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*, p. 90.

²⁸³ VITTA, Heraldo Garcia, *A sanção no direito administrativo*, p. 66.

²⁸⁴ OSÓRIO, Fabio Medina, *Direito administrativo sancionador*, p. 80.

Entendemos, nós, por sanção a consequência jurídica desfavorável em resposta a uma violação, e por sanção administrativa a consequência desagradável ou repressiva em resposta a uma violação de uma norma, aplicada por autoridade no exercício da função administrativa.

São várias as finalidades da sanção administrativa. Sobretudo nas relações de sujeição especial, é de exemplaridade, desestimulando o comportamento infrativo, mas não deixamos de enxergar, na sanção, um caráter de punição, de castigo. Algumas sanções administrativas são concebidas, a nosso ver, em proteção a um determinado interesse público e, sob tal enfoque, podemos inserir a rescisão unilateral como medida adotada diante de atraso ou inadimplemento contratual, como verdadeira sanção.

Conhecidas as infrações estabelecidas na legislação nacional versando sobre licitações e contratos, passemos à análise das sanções e de sua aplicabilidade e conteúdo, à luz do direito positivo.

2. Sanções em espécie

2.1. Multa (Moratória e Compensatória)

A multa, como sanção ressarcitória, não é uma sanção típica ou exclusivamente administrativa. As multas previstas na lei 8.666/93 são sanções tipicamente contratuais, não fugindo, seu conteúdo e modalidades,

A lei 8.666/93 estabelece duas categorias de infrações contratuais: atraso e inexecução, apartando, portanto, o evento atraso no cumprimento de obrigação contratual da inexecução do contrato, dedicando a cada infração a consequência jurídica pertinente.

Contudo, de início se verifica a aplicação de multa na hipótese de atraso e aplicação (também) de multa na hipótese de inexecução do contrato por parte do particular.

Sem maiores esforços, é a própria lei capaz de esclarecer: no primeiro caso, trata-se de multa moratória (por expressa dicção legal) e no segundo, de multa compensatória (por interpretação).

Enquanto a primeira é aplicável em caso de atraso injustificado, mas enquanto ainda possível o adimplemento, a segunda tem cabimento na hipótese de inexecução injustificável, isto é, quando o contrato já estiver extinto e sem possibilidade de adimplemento e, como se tratam de multas de natureza e finalidades distintas, é possível a incidência concomitante, sem violação do *non bis in idem*.

Jessé Torres Pereira Filho esclarece:

O que se conclui é que entre a multa prevista no art. 86 e aquela referida no artigo 87 há diferença correlacionada com a distinção que a teoria geral das obrigações formula entre mora e inadimplemento absoluto. Existe a primeira quando a obrigação, embora não cumprida, ainda pode vir a sê-lo proveitosamente para o credor; consuma-se o segundo quando a obrigação não foi cumprida, nem poderá mais vir a sê-lo com proveito para o credor, tornando-se definitivo o descumprimento.

[...]

A multa do art. 87 vincula-se à inexecução do contrato, ou seja, inadimplemento absoluto, que deixará sem execução, em definitivo, todo o objeto (a prestação a cargo do devedor) ou parte dele. Tal multa não é moratória. É penal, daí acrescer-se a sanção mais severa se houver elementos subjetivos que agravem a conduta do contratado.²⁸⁵

O valor da multa, qualquer que seja sua natureza, poderá ser descontado da garantia porventura existente, assim como, para a satisfação da obrigação, a Administração poderá reter valores dos pagamentos ainda devidos ao contratado.

Caso o valor da multa supere o valor da garantia ou de eventual contraprestação ainda não recebida, a Administração poderá cobrá-la pela via judicial, tendo em vista que para tal fim (satisfação de seu crédito) não possui meios diretos de coerção. Em outras palavras, o ato de cobrança da multa não é dotado de autoexecutoriedade, a exemplo do que ocorre com a cobrança de tributos e quaisquer valores devidos ao Estado.

Com relação aos limites e valores, ambos devem ser expressamente definidos no edital ou contrato, sob pena de serem inaplicáveis as sanções. No art. 86, consta uma

²⁸⁵ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à lei de licitações e contratações da administração pública*. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2002, pp. 783-784.

referência à multa prevista no edital ou no contrato, o que não ocorre na hipótese de aplicação da multa compensatória do art. 87. Entendemos desnecessária a menção legislativa, pois, sem definição no edital, dada sua força vinculante, ou no contrato, não se verificam os parâmetros e pressupostos necessários à sua aplicação.

Sob o enfoque quantitativo, a Administração, ao elaborar o edital e o contrato devem estabelecer valores ou percentuais sobre o valor do contrato que guardem observância ao princípio da proporcionalidade, sob pena de invalidade.

Posicionamo-nos no sentido de ser lícita a previsão de multa progressiva por dia ou períodos de atraso, desde que haja um limite alto o suficiente para cumprir suas finalidades e baixo o suficiente para não subverter suas finalidades e não “atinjam caráter confiscatório”, conforme ensina Celso Antônio Bandeira de Mello.²⁸⁶

Como qualquer sanção, a aplicação de multa não prescinde de prévio processo administrativo.

2.2. Advertência

A inexecução total ou parcial do contrato pode ensejar a aplicação da sanção de advertência ao particular.

Trata-se de sanção meramente admoestadora não implicando na restrição de quaisquer direitos do contratado, devendo, ser, no entanto, formalizada e aplicada na forma escrita.

As penas admoestadoras têm por finalidade promover o ajustamento da conduta do contratado faltoso às disposições contratuais. São aplicadas em decorrência de infrações de menor lesividade e culpa leve.

²⁸⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, 26ª ed., p. 863.

A advertência, embora não implique na restrição ou na extinção de direitos do contratado, deve ser precedida de processo administrativo, a ser processado com todas as formalidades e garantias inerentes a qualquer processo administrativo sancionador.

2.3. A suspensão temporária de participação em licitação e a declaração de inidoneidade da lei 8.666/93

A suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração e a declaração de inidoneidade para licitar com a Administração Pública são as duas que recebem maior atenção da doutrina, em razão de sua controvertida natureza e pela severidade de seus efeitos.

As duas sanções são, sem dúvida, as mais gravosas ao particular porque ambas obstam seu direito de participar de licitações e de celebrar contratos administrativos, de acordo com a extensão temporal, extensão territorial e encargos que lhes são pertinentes.

Pela questionável escolha de técnica legislativa, parte do trabalho de conhecer o conteúdo de cada uma delas reclama uma análise comparativa, razão pela qual iniciamos o exame de ambas, buscando seus pontos de identidade e de diferença. Evidentemente que o fator incapacitante para licitar e contratar, embora seja a principal característica de ambas, não autoriza o intérprete a considerá-las idênticas.

O assunto, como dito, é palco de grandes controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Qual é a abrangência territorial de ambas ou de cada uma delas, quais os efeitos temporais de ambas ou de cada uma delas, tanto para fins de prazo de duração, como para saber se atingem o contrato em andamento e outros, porventura firmados com o Poder Público, são as principais questões suscitadas e debatidas pelos operadores do direito, sendo objeto, pois de diferentes posicionamentos, a questão dos efeitos dessas sanções.

A falta de clareza da lei reclama significativo esforço interpretativo. Optamos por procurar identificar as características das sanções, a partir de cinco fatores: conteúdo, extensão temporal, extensão territorial, competência para aplicação e hipóteses de cabimento.

2.3.1. Conteúdo

Cumpra reportarmos-nos ao texto legal, para identificar o conteúdo das duas sanções, que vem definido no art. 87, incisos III e IV:

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.²⁸⁷

Pela dicção da norma, tem-se que ambas geram o efeito de vedar a participação do apenado em licitações e contratos administrativos, não havendo nenhuma diferença entre “suspensão”, “impedimento”, ou “inidoneidade para contratar” para tal fim.

Ambas têm efeito constitutivo - não obstante o texto legal se referir à “declaração” de inidoneidade – pois modificam e restringem a esfera de direitos do particular.

2.4.2. Hipóteses de aplicação

Pela severidade de seus efeitos, as sanções de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade só serão cabíveis nas hipóteses de inexecução contratual grave, que tenha efeitos danosos ao próprio objeto do contrato ou prejuízo à Administração.

Para Hely Lopes Meirelles, a suspensão temporária se aplica em casos culposos e a declaração de inidoneidade, nos casos em que haja dolo:

A suspensão provisória ou temporária do direito de participar de licitação e de contratar com a Administração é penalidade administrativa com que geralmente se punem os inadimplentes culposos e aqueles que culposamente prejudicarem a licitação ou a execução do contrato. Daí por que não nos

²⁸⁷ Excepcionalmente mantivemos o texto legal no corpo do trabalho, em razão da constante necessidade de se reportar ao mesmo, no exercício interpretativo dos dispositivos e no exame comparativo, de modo a facilitar a compreensão do leitor.

parece apropriada à punição dos que praticarem os atos ilícitos enumerados no art. 88 da Lei 8.666, uma vez que, se o infrator age com dolo, ou se a infração é grave, a sanção adequada será a *declaração de inidoneidade*, que veremos a seguir (Lei 8.666, arts. 87, III e IV, e 88).²⁸⁸

Celso Antônio Bandeira de Mello adota posição diferente, entendendo que são cabíveis somente nos casos de comportamentos tipificados como crime, em razão da ausência de descrição das hipóteses que ensejariam a aplicação dessas sanções:

Tais sanções estão previstas no art. 87, III e IV, da Lei 8.666. Como a lei não efetuou prévia descrição das hipóteses em que cabem a suspensão do direito de licitar e o impedimento de contratar, nem aquelas em que caberia a declaração de inidoneidade, entendemos que tais sanções só poderão ser aplicadas no caso de comportamentos tipificados como crimes.²⁸⁹

Nossa posição é divergente de ambos os mestres. Entendemos que são aplicáveis para as infrações graves e nas hipóteses do art. 88, já explicadas no capítulo anterior.

Admitimos a modalidade culposa e dolosa da infração para a sanção de suspensão temporária e apenas a modalidade dolosa enseja a declaração de inidoneidade, evidentemente, desde que o contrato especifique as hipóteses, conferindo densidade à lei.

A escolha da sanção cabível, além da identificação do elemento subjetivo, depende da apreciação discricionária da Administração, que deverá se pautar por critérios de razoabilidade e de proporcionalidade.

No que respeita à jurisprudência, vemos que a decisão abaixo foi proferida no sentido de se verificar a gravidade da conduta, combinada com o adimplemento e a lesividade da infração, para a escolha da sanção. O julgado leva em conta os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, parametrizados por aqueles elementos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. LICITAÇÃO.
INTERPRETAÇÃO DO ART.
87 DA LEI N. 8.666/93.

²⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 215.

²⁸⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Curso de Direito Administrativo, 27ª ed., p. 576.

1. Acolhimento, em sede de recurso especial, do acórdão de segundo grau assim ementado (fl. 186): DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. INADIMPLEMENTO.

RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA. ART. 87, LEI 8.666/93. MANDADO DE SEGURANÇA. RAZOABILIDADE.

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado contra ato de autoridade militar que aplicou a penalidade de suspensão temporária de participação em licitação devido ao atraso no cumprimento da prestação de fornecer os produtos contratados.

2. O art. 87, da Lei nº 8.666/93, não estabelece critérios claros e objetivos acerca das sanções decorrentes do descumprimento do contrato, mas por óbvio existe uma gradação acerca das penalidades previstas nos quatro incisos do dispositivo legal.

3. Na contemporaneidade, os valores e princípios constitucionais relacionados à igualdade substancial, justiça social e solidariedade, fundamentam mudanças de paradigmas antigos em matéria de contrato, inclusive no campo do contrato administrativo que, desse modo, sem perder suas características e atributos do período anterior, passa a ser informado pela noção de boa-fé objetiva, transparência e razoabilidade no campo pré-contratual, durante o contrato e pós-contratual.

4. Assim deve ser analisada a questão referente à possível penalidade aplicada ao contratado pela Administração Pública, e desse modo, o art. 87, da Lei nº 8.666/93, somente pode ser interpretado com base na razoabilidade, adotando, entre outros critérios, a própria gravidade do descumprimento do contrato, a noção de adimplemento substancial, e a proporcionalidade.

5. Apelação e Remessa necessária conhecidas e improvidas.

2. Aplicação do princípio da razoabilidade. Inexistência de demonstração de prejuízo para a Administração pelo atraso na entrega do objeto contratado.

3. Aceitação implícita da Administração Pública ao receber parte da mercadoria com atraso, sem lançar nenhum protesto.

4. Contrato para o fornecimento de 48.000 fogareiros, no valor de R\$ 46.080,00 com entrega prevista em 30 dias. Cumprimento integral do contrato de forma parcelada em 60 e 150 dias, com informação prévia à Administração Pública das dificuldades enfrentadas em face de problemas de mercado.

5. Nenhuma demonstração de insatisfação e de prejuízo por parte da Administração.

6. Recurso especial não-provido, confirmando-se o acórdão que afastou a pena de suspensão temporária de participação em licitação e impedimentos de contratar com o Ministério da Marinha, pelo prazo de 6 (seis) meses.

(REsp 914.087/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 29/10/2007 p. 190)

Interessante consignar que a desconsideração da personalidade jurídica, no âmbito administrativo, tem sido admitida pela jurisprudência, estendendo à sociedade com mesmos sócios, objeto social, a declaração de inidoneidade, conforme se constata no seguinte julgado:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA.

LICITAÇÃO. SANÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR. EXTENSÃO DE EFEITOS À SOCIEDADE COM O MESMO OBJETO SOCIAL, MESMOS

SÓCIOS E MESMO ENDEREÇO. FRAUDE À LEI E ABUSO DE FORMA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NA ESFERA ADMINISTRATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E DA INDISPONIBILIDADE DOS INTERESSES PÚBLICOS.

- A constituição de nova sociedade, com o mesmo objeto social, com os mesmos sócios e com o mesmo endereço, em substituição a outra declarada inidônea para licitar com a Administração Pública Estadual, com o objetivo de burlar à aplicação da sanção administrativa, constitui abuso de forma e fraude à Lei de Licitações Lei n.º 8.666/93, de modo a possibilitar a aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica para estenderem-se os efeitos da sanção administrativa à nova sociedade constituída.

- A Administração Pública pode, em observância ao princípio da moralidade administrativa e da indisponibilidade dos interesses públicos tutelados, desconsiderar a personalidade jurídica de sociedade constituída com abuso de forma e fraude à lei, desde que facultado ao administrado o contraditório e a ampla defesa em processo administrativo regular.

- Recurso a que se nega provimento.²⁹⁰

2.4.3. Competência para aplicação

Enquanto silencia a lei quanto à identificação da autoridade competente para aplicação da sanção de suspensão temporária, estabelece que compete exclusivamente aos Ministros de Estado ou Secretários Estaduais e Municipais a aplicação da declaração de inidoneidade.²⁹¹

Tal competência nos faz entender que a declaração de inidoneidade se estende no âmbito da esfera administrativa, abrangendo a pessoa governamental da administração direta e indireta, enquanto que a suspensão temporária pode ficar adstrita à unidade ou órgão a que está vinculado o contrato.

2.4.4. Extensão territorial

A extensão territorial das sanções em exame é a mais polêmica e divide a doutrina. Parece-nos ser majoritário o entendimento de que a suspensão temporária se estende

²⁹⁰ RMS 15.166/BA, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/08/2003, DJ 08/09/2003 p. 262.

²⁹¹ § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação.

apenas ao órgão ou ente contratante, enquanto que a declaração de inidoneidade se irradia efeitos em todas as esferas de governo.

Quanto aos motivos que conduzem a tal posicionamento, há divergências.

Parte da doutrina se apega a uma interpretação literal da lei de licitações que, em seu art. 6º, incisos XI e XII²⁹², estatui que, para os efeitos da lei, Administração Pública é considerada a administração direta e indireta da União, Estados, DF e Municípios, abrangendo suas respectivas administrações indiretas, e que, Administração é o órgão, entidade ou unidade pela qual a Administração Pública opera a atua concretamente.

Visto isto, o intérprete lê as palavras do dos incisos III e IV e, ao notar que para a suspensão temporária o legislador usou o vocábulo “Administração”, e que para a declaração de inidoneidade a expressão “Administração Pública”, estariam aí subentendidos os efeitos territoriais de uma e de outra.

Costuma-se também utilizar em favor desse posicionamento, o art. 97 da lei, que tipifica como crime a admissão de licitante ou a celebração de contrato com empresa ou profissional que tenha sido declarado inidôneo²⁹³. Vejamos, por todos, o posicionamento de Toshio Mukai:

Daí que a suspensão temporária (art. 87, III, da lei) somente tem abrangência sobre o órgão ou unidade administrativa sob a égide da autoridade que aplicou a pena de suspensão. Já a declaração de inidoneidade tem abrangência sobre todos os órgãos e/ou entidades públicas do País. Observe-se que as duas sanções são veiculadas através de atos administrativos (punitivos) e, como tais, dentre os 5 (cinco) elementos do ato administrativo não se pode deixar de atender à competência do agente, pena de nulidade do ato. Por isso, tanto uma como a outra das sanções deveriam ter abrangência somente no âmbito da jurisdição (competência) do agente prolator da sanção. É por isso que, sem dúvida nenhuma, o ato de suspensão só tem validade dentro do órgão ou entidade em que se aplicou tal sanção. Deveria ocorrer o mesmo com a declaração de inidoneidade. Entretanto, como o art. 97 traz uma tipificação de ordem penal, denominada norma penal em branco (“Art.

²⁹² XI - Administração Pública - a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, abrangendo inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e das fundações por ele instituídas ou mantidas;

XII - Administração - órgão, entidade ou unidade administrativa pela qual a Administração Pública opera e atua concretamente;

²⁹³ Defendem tal posição: Toshio Mukai, Ivan Barbosa Rigolin, Flóridiano Azevedo Marques, Maria Sylvania Zanella di Pietro e Jessé Torres Pereira Filho.

97. Admitir à licitação ou celebrar contrato com empresa ou profissional declarado inidôneo”), essa circunstância faz com que qualquer declaração de inidoneidade (administrativa) ganhe a condição de norma penal (norma penal em branco é aquela que remete a sua completitude à legislação civil ou administrativa) e, portanto, a pena tem abrangência nacional. É por isso que o art. 87, inc. IV, não fala em Administração, mas, sim, em Administração Pública (art. 6º, inc. XII).²⁹⁴

Em sentido contrário, parte da doutrina inadmitte quaisquer efeitos para além da circunscrição da esfera que impôs a sanção.²⁹⁵

Leciona Hely Lopes Meirelles:

Observe-se que a *suspensão provisória* pode restringir-se ao órgão que a decretou ou referir-se a uma licitação ou a um tipo de contrato, conforme a extensão da falta que a ensejou.²⁹⁶
A inidoneidade só opera efeitos em relação à Administração que a declara, pois que, sendo uma restrição a direito, não se estende a outras Administrações.²⁹⁷

Observa Carlos Ari Sunfeld que, “em termos racionais, é impossível ser inidôneo para fins federais e não sê-lo para efeitos municipais.”²⁹⁸

Todavia, o autor prossegue no raciocínio concluindo em sentido diverso do que chamou de racional:

Mas há de considerar um fator jurídico de relevância a afastar o mero enunciado lógico. Silente a lei quanto à abrangência das sanções, deve-se interpretá-la restritiva, não ampliativamente, donde a necessidade de aceitar, como correta, a interpretação segundo a qual o impedimento de licitar só existe em relação à esfera administrativa que tenha imposto a sanção.²⁹⁹
Nada impede, contudo, que as leis estaduais ou municipais prevejam de modo expresse o caráter abrangente dessas sanções, com o que ficará atendido o princípio da legalidade.³⁰⁰

Nosso entendimento é no sentido de inadmitir, primeiramente, os argumentos pautados em interpretação literal feita a partir de uma espécie de dicionário criado pela lei.

²⁹⁴ MUKAI, Toshio. Suspensão temporária de licitar e contratar e declaração de inidoneidade abrangem a administração pública de modo geral? Uma decisão contra legem e inconstitucional do STJ. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, n. 1/04, p.1-3, 2004.

²⁹⁵ Essa corrente é representada por Hely Lopes Meirelles e Carlos Ari Sunfeld.

²⁹⁶ MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo*, p. 215.

²⁹⁷ MEIRELLES, Hely Lopes, *Licitação e contrato administrativo*, p. 216.

²⁹⁸ SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 117.

²⁹⁹ SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e contrato administrativo*, p. 117.

³⁰⁰ SUNDFELD, Carlos Ari, *Licitação e contrato administrativo*, p. 117.

Administração não é o que é porque a lei disse o que é, valendo o mesmo para Administração Pública.

Sem querer adentrar no estado anímico do legislador, realmente parece que este “desejou” dar à declaração de inidoneidade, efeitos nacionais, porque é, sem dúvida, sanção mais severa do que a suspensão temporária.

Consideramos temerária a aceitação de que uma autoridade administrativa possa tomar uma decisão que ultrapassa as fronteiras de sua circunscrição e da sua competência. O Brasil é um estado federativo e a noção de federação implica em reconhecer a independência das pessoas políticas que compõem a federação.

Portanto, não é suficiente o que vem escrito na lei para pautar uma interpretação, se essa atividade conduzir a conclusões absurdas, sobretudo quando se tem em mente a Constituição como fundamento de validade último de todas as demais normas produzidas.

A jurisprudência destoa de nosso entendimento e até mesmo, parcialmente, da doutrina majoritária.

Sobre a extensão da suspensão para todo o território nacional, é a seguinte decisão:

ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DE PARTICIPAÇÃO EM LICITAÇÕES. MANDADO DE SEGURANÇA. ENTES OU ÓRGÃOS DIVERSOS. EXTENSÃO DA PUNIÇÃO PARA TODA A ADMINISTRAÇÃO.

1. A punição prevista no inciso III do artigo 87 da Lei nº 8.666/93 não produz efeitos somente em relação ao órgão ou ente federado que determinou a punição, mas a toda a Administração Pública, pois, caso contrário, permitir-se-ia que empresa suspensa contratasse novamente durante o período de suspensão, tirando desta a eficácia necessária.

2. Recurso especial provido.³⁰¹

A decisão abaixo não faz distinção entre Administração Pública e Administração para fins de extensão territorial, todavia considera nacional para ambas as sanções:

³⁰¹ REsp 174.274/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/10/2004, DJ 22/11/2004 p. 294.

ADMINISTRATIVO – MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO – SUSPENSÃO TEMPORÁRIA – DISTINÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA - INEXISTÊNCIA – IMPOSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE LICITAÇÃO PÚBLICA – LEGALIDADE – LEI 8.666/93, ART. 87, INC. III.

- É irrelevante a distinção entre os termos Administração Pública e Administração, por isso que ambas as figuras (suspensão temporária de participar em licitação (inc. III) e declaração de inidoneidade (inc. IV) acarretam ao licitante a não-participação em licitações e contratações futuras.

- A Administração Pública é una, sendo descentralizadas as suas funções, para melhor atender ao bem comum.

- A limitação dos efeitos da “suspensão de participação de licitação” não pode ficar restrita a um órgão do poder público, pois os efeitos do desvio de conduta que inabilita o sujeito para contratar com a Administração se estendem a qualquer órgão da Administração Pública.

- Recurso especial não conhecido.³⁰²

Inidoneidade ampla

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. SANÇÃO IMPOSTA A PARTICULAR. INIDONEIDADE. SUSPENSÃO A TODOS OS CERTAMES DE LICITAÇÃO PROMOVIDOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA QUE É UNA. LEGALIDADE. ART. 87, INC. II, DA LEI 8.666/93. RECURSO IMPROVIDO.

I - A Administração Pública é una, sendo, apenas, descentralizada o exercício de suas funções.

II - A Recorrente não pode participar de licitação promovida pela Administração Pública, enquanto persistir a sanção executiva, em virtude de atos ilícitos por ela praticados (art. 88, inc. III, da Lei n.º 8.666/93). Exigese, para a habilitação, a idoneidade, ou seja, a capacidade plena da concorrente de se responsabilizar pelos seus atos.

III - Não há direito líquido e certo da Recorrente, porquanto o ato impetrado é perfeitamente legal.

IV - Recurso improvido.³⁰³

2.4.5. Extensão temporal: prazos e efeitos

Quanto aos aspectos temporais, na sanção de suspensão temporária, a lei estipula que tal restrição não pode superar o prazo de dois anos, não atribuindo prazo mínimo, nem fornecendo elementos diretos para o alcance em relação ao contrato em andamento, tampouco em relação a eventuais outros contratos.

³⁰² REsp 151.567/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/02/2003, DJ 14/04/2003 p. 208.

³⁰³ RMS 9.707/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/09/2001, DJ 20/05/2002 p. 115.

Ao descrever a declaração de inidoneidade, a lei não estabelece prazo máximo, mas prevê que os efeitos da sanção perdurarão pelo prazo mínimo de dois anos, desde que satisfeita uma das seguintes condições: cessação dos motivos que ensejaram sua aplicação ou reabilitação perante a Administração, mediante o ressarcimento dos prejuízos ocasionados pela infração.

Quanto a tal aspecto, as duas sanções diferem, seja em razão da duração dos efeitos, sejam em razão da existência ou não de condicionantes para sua cessação.

Ainda quanto ao aspecto temporal, faz-se necessária outra investigação, a buscar identificar quais são os efeitos da sanção para os contratos administrativos vigentes, perante a Administração contratante e perante outras esferas de governo.

Entendemos que a aplicação dessas sanções decorre, ressalvadas algumas das hipóteses do art. 88, de grave inexecução contratual ensejando a rescisão unilateral, por parte da Administração, conforme dispõe o art. 77³⁰⁴, da lei 8.666, porque a infração ensejadora de qualquer dessas sanções deve ser grave, não se admitindo a manutenção do contrato com o particular que descumpriu gravemente seus deveres a ponto de merecer a suspensão ou a declaração de inidoneidade. Seria um contrasenso apenas o contratado e não rescindir o contrato.

Encontramos em Marçal Justen Filho, o apoio a essas reflexões:

As sanções dos incs. III e IV podem ser cumuladas com a multa e a rescisão administrativa. Uma conduta pode ser grave o suficiente para acarretar a rescisão unilateral do contrato pela Administração e para desencadear outras punições. Mas nem toda a rescisão contratual acarreta aplicação necessária das sanções dos incs. III e IV. Deve supor-se, porém, que a gravidade da conduta que acarreta as sanções dos incs. III e IV é tamanha que necessariamente terá de provocar a rescisão do contrato. Não se admite que o contrato seja mantido e se imponha ao particular sanção dos incs. III ou IV.³⁰⁵

³⁰⁴ Art. 77. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as conseqüências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

³⁰⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 858.

Com relação aos demais contratos, pensamos que a sanção não os atinge, em razão dos efeitos pro futuro da sanção. Esta afirmação não infirma a possibilidade de rescisão de outros contratos, mas por razões diversas. Explicamos:

A vedação à participação em licitações e celebrar contratos administrativos que caracteriza o conteúdo material das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade implica na perda das condições de habilitação e, como visto anteriormente, a não manutenção das condições de habilitação pode caracterizar um genérico descumprimento de cláusula contratual, já que é obrigatória a cláusula que obrigue o contratado a manter, durante a vigência do contrato, as condições de habilitação.

Considerando esse fator, tem-se que, (i) nos casos de suspensão temporária, outros contratos porventura celebrados com o órgão ou com a entidade contratante (caso a contratação não seja adstrita a um órgão) poderão ser rescindidos, com fundamento na perda das condições de habilitação; mas outros contratos celebrados com outros órgãos da mesma pessoa governamental ou ainda, com outros órgãos e entes de outras esferas de governo não poderão ser rescindidos; e (ii) nos casos de declaração de inidoneidade, os contratos vigentes perante a mesma pessoa governamental poderão ser rescindidos, independente do órgão a que estejam vinculados o contratos, mas aqueles celebrados com outras pessoas governamentais não poderão ser rescindidos.

Nunca é demais realçar que toda e qualquer rescisão unilateral com caráter sancionatório deve ser precedida de regular processo administrativo, assegurando-se a ampla defesa e o contraditório do interessado.

Os tribunais brasileiros, recentemente, passaram a adotar semelhante posicionamento, acerca dos efeitos ex nunc das sanções de suspensão temporária e declaração de inidoneidade, sendo importante trazer à baila, os seguintes julgados, no sentido do que ora sustentamos:

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. EFEITOS EX NUNC.

1. O entendimento da Primeira Seção do STJ é no sentido de que a declaração de inidoneidade só produz efeito ex nunc.

2. Agravo Regimental não provido.³⁰⁶

ADMINISTRATIVO. DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE PARA LICITAR E CONTRATAR COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. VÍCIOS FORMAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS EX NUNC DA DECLARAÇÃO DE INIDONEIDADE: SIGNIFICADO.

1. Ainda que reconhecida a ilegitimidade da utilização, em processo administrativo, de conversações telefônicas interceptadas para fins de instrução criminal (única finalidade autorizada pela Constituição - art. 5º, XII), não há nulidade na sanção administrativa aplicada, já que fundada em outros elementos de prova, colhidas em processo administrativo regular, com a participação da empresa interessada.

2. Segundo precedentes da 1ª Seção, a declaração de inidoneidade "só produz efeito para o futuro (efeito ex nunc), sem interferir nos contratos já existentes e em andamento" (MS 13.101/DF, Min. Eliana Calmon, DJe de 09.12.2008). Afirma-se, com isso, que o efeito da sanção inibe a empresa de "licitar ou contratar com a Administração Pública" (Lei 8666/93, art. 87), sem, no entanto, acarretar, automaticamente, a rescisão de contratos administrativos já aperfeiçoados juridicamente e em curso de execução, notadamente os celebrados perante outros órgãos administrativos não vinculados à autoridade impetrada ou integrantes de outros entes da Federação (Estados, Distrito Federal e Municípios). Todavia, a ausência do efeito rescisório automático não compromete nem restringe a faculdade que têm as entidades da Administração Pública de, no âmbito da sua esfera autônoma de atuação, promover medidas administrativas específicas para rescindir os contratos, nos casos autorizados e observadas as formalidades estabelecidas nos artigos 77 a 80 da Lei 8.666/93.

3. No caso, está reconhecido que o ato atacado não operou automaticamente a rescisão dos contratos em curso, firmados pela impetrante.

4. Mandado de segurança denegado, prejudicado o agravo regimental.³⁰⁷

2.4. Impedimento de participar de licitações e de contratar com o poder público (lei 10.520/02)

A sanção de impedimento de participar de licitações e de contratar com o poder público vem estatuída na Lei 10.520/02, criadora da modalidade Pregão, em seu art. 7º, juntamente com o catálogo de infrações já examinado.

Tal sanção, a exemplo do que ocorre nos casos de suspensão e de declaração de inidoneidade, veda, pelo prazo de até cinco anos a participação em licitações e contratos. Por não gerar condicionantes (como a manutenção da sanção enquanto perdurarem os motivos ou

³⁰⁶ AgRg no REsp 1148351/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 30/03/2010.

³⁰⁷ MS 13.964/DF, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, DJe 25/05/2009.

até que o apenado se reabilite perante a Administração), transcorrido o lapso temporal do impedimento, o particular poderá voltar a participar de contratações e, portanto, seu conteúdo material se assemelha à sanção de suspensão, prevista no art. 87, III, da lei geral de licitações.

Quanto aos efeitos temporais, entendemos que só deve atingir licitações e contratos futuros.

A extensão territorial da sanção de impedimento prevista na lei do pregão comporta algumas observações, em razão mesmo da redação da norma. Como se constata, ao estatuir a sanção, a norma versa sobre o impedimento para licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, além de prever o descredenciamento no SICAF ou nos órgãos cadastrais locais.

Parece-nos, que ao contrário do que “pretendeu” o legislador, quando da elaboração da lei 8.666/93, esse legislador “não pretendeu” conferir à sanção, extensão territorial para além da entidade contratante, já que se valeu, em duas ocasiões, da locução disjuntiva “ou”, e não a preposição “e”. Para melhor visualização, trazemos e grifamos o trecho analisado, retirado do art. 7º:

[...] ficará impedido de licitar e contratar com a União, Estados, Distrito Federal **ou** Municípios e, será descredenciado no Sicafe, **ou** nos sistemas de cadastramento de fornecedores a que se refere o inciso XIV do art. 4º desta Lei, pelo prazo de até 5 (cinco) anos, sem prejuízo das multas previstas em edital e no contrato e das demais cominações legais.

Nesse caso, portanto, a interpretação literal da norma conduz à necessária contenção dos efeitos territoriais da sanção, aos limites da competência da Administração contratante.

Uma outra razão para se sustentar a restrição territorial da sanção à circunscrição da Administração contratante é o fato de que a lei 10.520/02 também é norma geral, ou seja, aplicável a todos os entes da federação, o que importa em afirmar que a lei se vale da preposição “ou”, para indicar a esfera específica do impedimento. No caso, entendemos tratar-se da pessoa jurídica contratante e não apenas perante um determinado órgão seu.

Marçal Justen Filho atentou para o fato, observando que “*a utilização da preposição “ou” indica disjunção, alternatividade. Isto significa que a punição terá efeitos na órbita interna do ente federativo que aplicar a sanção.*”³⁰⁸

Logo, e considerando o enfoque mais tradicional da sistemática da Lei 8.666, ter-se-ia de reconhecer que a sanção prevista no art. 7º da Lei do Pregão consiste na suspensão do direito de licitar e contratar. Não é uma declaração de inidoneidade. Portanto, um sujeito punido no âmbito de um Município não teria afetada sua idoneidade para participar de licitação promovida na órbita de outro ente federal.

Sustentando posição em sentido contrário, Vera Scarpinella afirma que “*o licitante que cometer quaisquer das infrações previstas no art. 7º da lei e for sancionado por um dado Município, por exemplo, carrega consigo a sanção para quaisquer outros pregões de que pretenda participar em todas as esferas administrativas.*”³⁰⁹

Por coerência com o entendimento exposto nos itens anteriores, a despeito da escolha de uma palavra ou locução, pelo legislador, a inteligência do conteúdo e do alcance da norma reclama interpretação sistemática e não literal, sempre voltada para o texto constitucional, o nos leva a reafirmar a inconstitucionalidade de qualquer dispositivo que disponha sobre sanção administrativa, cujos (pretensos) efeitos atravessem as fronteiras da circunscrição da pessoa jurídica de direito público competente para aplicá-la.

3. Cumulação de sanções: hipóteses e limites

A Lei 8.666/93 estabelece a possibilidade de cumulação de sanções, no art. 87, §2º³¹⁰, autorizando a aplicação de multa com suspensão temporária e de multa com declaração de inidoneidade, sem prejuízo da cumulação com a rescisão unilateral do contrato.

As hipóteses de cumulação entre as sanções da lei 8.666, desde que estejam presentes os pressupostos para sua cominação, são: multa moratória e multa compensatória;

³⁰⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 252.

³⁰⁹ MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003, p.165.

³¹⁰ § 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis.

multas com suspensão temporária e multas com declaração de inidoneidade, não se podendo falar em outras cumulações fora das combinações aqui mencionadas.

Tal entendimento decorre da lei e da vedação ao bis in idem. Maria Sylvania Zanella di Pietro afirma que há vedação implícita para acumulação de sanções fora das hipóteses expressamente estabelecidas na lei:

A pena de multa pode ser aplicada juntamente com qualquer uma das outras (art. 87, § 2º), ficando vedada, implicitamente, em qualquer outra hipótese, a acumulação de sanções administrativas.³¹¹

Como a autora, também entendemos que qualquer acumulação deve se fundar em inequívoca norma que a estabeleça.

Sem embargo, a norma do art. 7º, da lei 10.520, como visto acima, estabelece a sanção de impedimento de licitar e contratar, constando, na parte final do dispositivo, a expressão “sem prejuízo das demais cominações legais”.

A leitura desatenta e apressada da norma poderia levar o intérprete a considerar possível, a cumulação da sanção com outras sanções administrativas, sobretudo as da lei 8.666-93.

Todavia, parece-nos equivocada tal interpretação, pois as demais cominações legais a que a norma se refere, entendemos ser de outras naturezas, como civil e penal.

Marçal Justen Filho, atento à possibilidade do equívoco interpretativo, é contundente ao afirmar que é “inimaginável algum caso em que a questão conduza à imposição de outras sanções administrativas”.³¹²

Milita em favor da inacumulabilidade da sanção de impedimento de licitar com qualquer outra sanção estabelecida na lei 8.666, o fato de que a primeira é norma específica sobre a modalidade pregão, aplicando-se prioritariamente nas licitações e contratos

³¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella, *Direito Administrativo*, p. 272.

³¹² JUSTEN FILHO, Marçal, *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*, p. 251.

decorrentes dos procedimentos licitatórios daquela modalidade. As disposições da lei 8.666 aplicam-se subsidiariamente, isto é, nas omissões detectadas na lei específica.

Portanto, concluímos que são inacumuláveis as sanções da lei 8.666 com a sanção de impedimento prevista no art. 7º, da lei 10.520, salvo as multas, que são tipicamente contratuais e, desde que haja previsão contratual de sua existência e dosagem.

4. Sanções nas concessões de serviço público e de obra pública (Lei 8.987/95) e nas parcerias público-privadas (Lei 11.079/04)

A Lei Geral de Concessões, nº 8.987-05 não estabelece sanções para infrações contratuais ou não, que reflitam nos contratos de concessão, muito embora estipule, como cláusula obrigatória no contrato, a que indique as “penalidades contratuais e administrativas” aplicáveis à concessionária, conforme seu art. 23, VIII³¹³.

Entendemos que a norma se refere às multas, eis que são sanções tipicamente contratuais e às demais sanções previstas na lei 8.666-93, não se podendo criar nenhuma outra por ato infralegal, em razão do princípio da legalidade.

De modo similar, a Lei 11/079/04, que instituiu as parcerias público-privadas, estabelece no art. 5º, II³¹⁴, que as cláusulas do contrato estabelecerão as penalidades aplicáveis tanto à Administração, como ao parceiro privado, em caso de inadimplemento contratual, sem, contudo, estabelecer nenhuma sanção, aplicando-se-lhe, pois, as sanções estatuídas na lei 8.666-93, não podendo o contrato criar modalidades sancionatórias, eis que carecedoras de fundamento de validade em lei.

³¹³ (Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação).

³¹⁴ Art. 5º. - As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão[...].

II – as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas.

Conclusão

1 – O *jus puniendi* estatal se manifesta de várias formas, dentre elas, na aplicação de sanções administrativas aos particulares. A identidade ontológica entre os ilícitos não corresponde à identidade de regimes jurídicos, razão pela qual, atualmente, não se pode falar na unidade ou num supraconceito do *jus puniendi* estatal, em razão, sobretudo, da evolução da noção do Direito Administrativo Sancionador, que adquire feições próprias e regime jurídico diferenciado e autônomo do Direito Penal, sem prejuízo, no entanto, de alguns pontos de coincidência, todos de matriz constitucional e, entre nós, decorrentes dos desideratos do Estado de Direito.

2 – O cometimento de atos ilícitos enseja a ampla responsabilização do sujeito infrator, nas esferas penal, administrativa e civil, podendo, inclusive, um mesmo comportamento ensejar diversos processos para apuração de responsabilidade, caso seja tipificado como infração penal, infração administrativa ou de outra natureza. Independente da(s) natureza(s) do ilícito, será sempre possível a responsabilização patrimonial pelos danos causados. As diversas esferas de responsabilização são independentes, havendo, no entanto, hipóteses de precedência de uma sobre a outra, sobretudo da esfera penal sobre as demais, como no caso de sentença condenatória e de sentença absolutória decorrente do reconhecimento da inexistência do crime/contravenção ou da autoria.

3 – As infrações e sanções aplicáveis em decorrência de licitação e contrato administrativo são administrativas e inseridas na categoria das relações de especial sujeição. As relações de sujeição especial são caracterizadas pelo vínculo diferenciado de aproximação entre o particular e o Estado, reclamando uma disciplina própria e diferenciada, genericamente, das relações gerais travadas entre o Estado e os particulares em geral. Não há, contudo, um rol fixo e estático de características a autorizar limites precisos das situações que podem ser consideradas como de relação de sujeição especial – por falta de discriminação constitucional ou legislativa -, não havendo, também, consenso doutrinário acerca do tema. Por tal razão, reconhecemos, cada relação terá suas feições próprias.

4 - Entendemos que o regime jurídico aplicável ao direito administrativo sancionador, incluindo as relações de sujeição especial engloba os seguintes princípios: a)

legalidade, com modulações específicas, em razão da freqüente necessidade de complementação legislativa mediante a expedição de atos normativos gerais e abstratos (regulamentos ou outros), em razão da impossibilidade ou da inviabilidade de esgotamento, em âmbito legal, da previsão de todos os comportamentos nocivos ao bom funcionamento e eficiência da relação ou do serviço; b) tipicidade, também com sua matização específica, deslocando-se a noção de tipicidade legal, para atividade tipificante infralegal, derivadas de normas legais abertas ou produzidas a partir de conceitos jurídicos indeterminados; c) demais princípios como, culpabilidade; motivação, razoabilidade, proporcionalidade, devido processo legal, non *reformatio in pejus*, presunção de inocência, prescritibilidade e controle judicial.

5 – A licitação é um procedimento administrativo que, em regra, antecede os contratos celebrados entre o Estado e os particulares, caracterizado e delineado visando a buscar a contratação mais vantajosa para a Administração, assegurada a igualdade de condições de participação, com a maior competitividade possível. Os contratos administrativos apresentam peculiaridades que não encontram correspondentes nos contratos entre particulares, caracterizados pela manutenção da posição de superioridade do Estado (relações verticais), superioridade esta que se revela nas chamadas cláusulas exorbitantes, marcadas pelo poder de instabilização do vínculo e pela prerrogativa de aplicação de sanções específicas.

6 – A legislação versando sobre licitação impõe a obrigatoriedade de elaboração de um edital, que é um ato normativo geral e concreto, específico para o certame a que se destina, e deve conter, dentre outras regras, a identificação detalhada dos comportamentos infrativos e pressupostos para aplicação das sanções, nos limites estabelecidos em lei, isto é, para as infrações genericamente descritas no texto legal e as sanções também estatuídas na lei.

7 – Os principais diplomas legislativos versando sobre licitações são a Lei Geral de Licitações, nº 8.666/93 e a Lei 10.520/02, disciplinadora da licitação na modalidade Pregão. Ambas estabelecem infrações consumáveis antes da celebração do contrato, infrações relacionadas à execução do contrato, e hipóteses de sancionamento para comportamentos ou eventos ocorridos antes ou depois da assinatura do contrato ou termo equivalente, essas últimas que se consubstanciam em verdadeiras normas em branco.

8 – As sanções administrativas previstas na lei geral de licitações e contratos são:

a) multa, nas modalidades moratória e compensatória, sendo a primeira aplicável no caso de atraso injustificado e a segunda, nas hipóteses de inexecução contratual; b) advertência, sanção admoestadora que não modifica a situação jurídica do apenado e é aplicável nos casos de infrações leves, de pouca ou nenhuma lesividade à Administração; c) suspensão temporária do direito de licitar e impedimento para contratar com a Administração por até dois anos, sanção de cunho constitutivo, aplicável nos casos de infrações graves, culposas ou dolosas, que implicam na rescisão do contrato, mas não atingem eventuais outros contratos vigentes e a sua extensão territorial não se expande para além do órgão ou ente contratante; e d) declaração de inidoneidade para licitar e contratar com a Administração Pública por prazo indeterminado, pois adiciona condições para a cessação dos efeitos da sanção, quais sejam: a insubsistência dos motivos que ensejaram a punição ou a reabilitação do apenado perante a Administração, mediante o ressarcimento dos prejuízos e desde que tenha decorrido prazo mínimo de dois anos. Sua extensão territorial está limitada à circunscrição da pessoa governamental que a aplicou, o que se afirma mediante interpretação sistemática, pois, expandir tais limites viola o princípio federativo. Infrações graves e de alta lesividade, praticadas com dolo são as hipóteses de sua aplicação.

9 – Na lei 10.520-02 consta a sanção de impedimento de licitar e contratar, que se afigura semelhante à suspensão temporária prevista na Lei 8.666, tendo o mesmo conteúdo e extensão, com a diferença de que seu prazo máximo de perduração de efeitos é de cinco anos.

10 – As sanções previstas na legislação comportam alguma cumulação: as multas podem ser cumuladas entre si e as sanções de suspensão temporária ou declaração de inidoneidade ou impedimento nos termos da lei 10.520. Além disso, poderá ocorrer a rescisão contratual, a depender da gravidade e da lesividade ao interesse público subjacente à contratação, independentemente da aplicação de qualquer outra sanção e a despeito da aplicação de qualquer outra. Não é lícita a cumulação da sanção prevista na lei do pregão com as da lei 8.666, salvo as multas, que são tipicamente contratuais.

11 – Às contratações realizadas com base nas leis 8.987-95 e 11.079-04 se aplicam as mesmas sanções da lei geral de licitações, em razão de sua aplicação supletiva, desde que estejam previstas nos respectivos contratos.

Bibliografia

ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. *El Procedimiento Administrativo Sancionador y Los Derechos Fundamentales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2007.

ALESSI, Renato. *Instituciones de Derecho Administrativo*. Tradução espanhola por Buenaventura Pellié Prats. 3ª ed. Barcelona: Bosch, Tomo I, 1970.

ATALIBA, Geraldo. Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 97, p. 22-23, 1969.

AZEVEDO, Eurico Andrade. A Administração Pública, os contratos e as obrigações de pagamento. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.207, p.151-161, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. Contrato Administrativo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v.85, n.734, p.95-120, 1996.

_____. Regulamento e Princípio da Legalidade. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 96, 1990.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. Princípios do Estatuto do Agente Público. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 03, p. 9-25, 1968.

_____. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2007. v. I

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 3ª ed. São Paulo: Celso Ribeiro Bastos, 2002.

BARBOSA, Rui. República: teoria e prática (Textos doutrinários sobre direitos humanos e políticos consagrados na primeira Constituição da República), LOCAL,

ANO, PÁGINA, *apud* José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 21ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

BENETI, Sidnei Agostinho. Código de Defesa do Consumidor: Sanções Administrativas e Penais. *Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.8, p.15-50, 1990.

BIM, Eduardo Fortunato. O poder geral de cautela dos tribunais de contas nas licitações e nos contratos administrativos. *Revista Interesse Público*, Porto Alegre, v.8, n.36. p.363-386, 2006.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Alteração do regime de execução: empreitada por preço global para empreitada por preço unitário. Art. 65, II, *b*, da lei nº 9.666/93. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v.11, n.6, p.338-343, 1995.

_____. Contrato Administrativo. *Revista de Direito Publico*, São Paulo, v.23, n.93, p.105-13, 1990.

BRAGA, Paulo César. A declaração de ilegalidade de contrato administrativo pelo TCU e a competência para ordenar a sustação da execução do ajuste (análise do artigo 45, § 3º, da Lei nº 8.443/1992 e do artigo 251, §§ 3º e 4º, incisos I e II do regimento interno do TCU à luz do disposto no artigo 71, XI, §§ 1º e 2º, da CF/1988). *IOB - Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, v.1. n.17, p.703-694, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O princípio da razoabilidade em apoio à legalidade. *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, São Paulo, nº 16, p. 173, 1996.

CAMMAROSANO, Márcio. *Provimento de Cargos Públicos no Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.

_____. Regulamentos. *Revista de Direito Público*, São Paulo, nº 51/52, p. 126-138, 1979.

CÂNDIDO, Daniele Chamma. *Competência Sancionatória nos Contratos Administrativos*. 2009. 150 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

CHAVES, Marcos. Contrato administrativo e suas características. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.19, n.78, p.110-115, 1986.

CONSTANTINO, Carlos Ernani. Como deve ser interpretada a expressão “sanções penais” no art. 225, § 3º, da CF/88? *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.47. n.268, p. 34-8, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. Licitação - Fator “K”. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n.6, p.85-92, 1995.

COSTA, José Armando da. *Direito Administrativo Disciplinar*. Brasília: Brasília Jurídica: 2004.

COUTO E SILVA, Almiro. Prescrição quinquenária da pretensão anulatória da administração pública com relação a seus atos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 204, p. 21-31. 1996.

COVIELLO, Pedro José Jorge. La teoría general del contrato administrativo a través de La jurisprudência de La CSJN. In: *La contratación pública*, CASSANGNE, Juan Carlos; YSERN Enrique Rivero. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

DALLARI, Adilson de Abreu. Procedimento Licitatório. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 25/26, p.13-28, 1986.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 23ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Discricionariedade na Constituição de 1988*, 2ª ed, São Paulo: Atlas, 2001.

DIAS, Eduardo Rocha. *Sanções Administrativas Aplicáveis a Licitantes e Contratados*. São Paulo: Dialética, 1997.

ENTERRÍA, Eduardo García; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Argentina: Thomson Civitas, 1977.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. Sustação de contratos administrativos pelos Tribunais de Contas. *Interesse Público*. Sapucaia do Sul, v.5, n.29, p.303-308, 2005.

_____. Controle das licitações pelo Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.239, p.95-110, 2005.

FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. *Processo Administrativo*, 1ª Ed., 2ª tiragem, São Paulo: Malheiros, 2002.

FERREIRA, Daniel. *Sanções Administrativas*, São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Teoria Geral da Infração Administrativa a partir da Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Fórum, 2009.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. Eficácia das decisões dos Tribunais de Contas e das CPMI nos contratos administrativos e nas relações funcionais. *Fórum Administrativo*, Belo Horizonte, v.9, n.100, p.134-143, 2009.

FORSTHOFF, Ernst. *Traité de Droit Administratif Allemand*. Tradução: Michel Fromont. Bruxelles: Bruylant, 1969.

FREITAS, José Ney. *Ato Administrativo: Presunção de Validade e a Questão do Ônus da Prova*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

FREITAS, Juarez. Poder de Polícia Administrativa e o Primado dos Direitos Fundamentais Público. *Estudos em Homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

GALLEGO ANABIDARTE, Alfredo. Las Relaciones Especiales de Sujeición y el Principio de La Legalidad de La Administración. *Revista de Administración Publica*, Madrid, n. 34, p.13-14, 1961.

GARCÍA PULLÉS, Fernando R. Potestad sancionatoria de la Administración Pública em La contratación administrativa. In: *La contratación pública*. CASSANGNE, Juan Carlos; YSERN Enrique Rivero. Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

HERNÁNDEZ CORCHETE, Juan Antonio. Las obligaciones de las partes y su cumplimiento em los contratos administrativos. In: *La contratación pública*, CASSANGNE, Juan Carlos; YSERN Enrique Rivero, Buenos Aires: Hammurabi, 2006.

HIPPLER, Vera Regina. *Aspectos das Relações Especiais de Sujeição no Direito Administrativo Brasileiro: Natureza Jurídica e Pressupostos Constitucionais*. 2006. 350 f. Dissertação (Mestrado em Direito Administrativo) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2006.

HUERGO LARA, Alejandro. *Las Sanciones Administrativas*. Madrid: Iustel, 2007.

HUNGRIA, Nelson. Ilícito Administrativo e Ilícito Penal. *Revista de Direito Administrativo – Seleção Histórica*, Rio de Janeiro, p. 15-21, 1945-1995.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 13ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

_____. *Pregão (Comentários à Legislação do Pregão Comum e Eletrônico)*. 5ª ed. São Paulo: Dialética, 2009.

LIMA, Ruy Cirne. Contratos administrativos e atos de comércio. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v.21, n.85, p.26-42, 1988.

_____. A relação jurídica no Direito Administrativo. *Revista de Direito Público*. São Paulo, v.21, n.85, p.26-42, 1988.

LOPES, Monica Sette. Contrato administrativo. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.21, n.85, p.161-171, 1988.

MARGATO, César Augusto. Da inexecução e da rescisão dos contratos administrativos. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.107, p.35-50, 2004.

MARTINS, Ricardo Marcondes. *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2008.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Contratos administrativos – gerenciamento de obras e de programas de obras públicas; conceito e características – pertinência do gerenciamento externo. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo*, São Paulo, n.75, p.35-41, 1994.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE e o contrato administrativo. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.98, n.361, p.79-93, 2002.

_____. O contrato administrativo e o Mercosul. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.222, p.39-70, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MELLO, Rafael Munhoz de. Processo administrativo, devido processo legal e a lei nº 9.784/99. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.227, p.83-104, 2002.

_____. *Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. A Sanção Administrativa e o Princípio da Legalidade. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle (Coord.). *Devido Processo Legal na Administração Pública*, São Paulo: Max Limonad, 2001.

MENDES, Gilmar. *O Princípio da Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em http://www.direitopublico.com.br/pdf_5/DIALOGO-JURIDICO-05-AGOSTO-2001-GILMAR-MENDES.pdf. Acesso em: 18 fev. 2009.

MIR, José Cerezo. Sanções Penais e Administrativas no Direito Espanhol. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.1, n.2, p.27-40, 1993.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Manual de Direito Penal*. 6ª ed. São Paulo: Atlas, 1991. v. I.

MONTEIRO, Vera. *Licitação na modalidade Pregão*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Legitimidade e Discricionariedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

_____. Normas gerais sobre licitações e contratos administrativos – natureza e identificação no estatuto jurídico federal vigente – perspectiva de novos projetos modernizadores. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.189, p.39-57, 1992.

MORRIS, Clarence. *Os grandes filósofos do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MUÑOZ, Guillermo Andrés. Contratos de la administración. *Revista de Direito Público*, São Paulo, v.22, n.91, p.19-27, 1990.

MUKAI, Toshio. Suspensão temporária de licitar e contratar e declaração de inidoneidade abrangem a administração pública de modo geral? Uma decisão contra a lei e inconstitucional do STJ. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, n. 1/04, p.1-3, 2004.

NIETO, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*. 4ª ed. Madrid: Tecnos, 2006.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Sanções administrativas e princípios de Direito Penal. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.219, p.127-51, 2000.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito Penal*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____. *Improbidade Administrativa e sua Autonomia Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Infrações e Sanções Administrativas*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1985.

OSÓRIO, Fábio Medina. As sanções da lei 8.429/92 aos atos de improbidade administrativa. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, v.47, n.259, p.19-31, 1999.

_____. *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. O princípio da proporcionalidade e as sanções penais nos contratos administrativos. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.227, p.321-338, 2002.

PELLEGRINO, Carlos Roberto M.. Aspectos penais das licitações e contratos administrativos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.11, n.42, p.149-54, 2003.

_____. Os Contratos da Administração Pública. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v.27, n.105, p.129-52, 1990.

_____. Os contratos da administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n.179-180, p.68-91, 1990.

PENTEADO JUNIOR, Cassio Martins C. O Tribunal de Contas da União e o Art. 79 do Decreto-Lei N. 2300, de 21 de novembro de 1986. *FMU/Direito: Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas*, São Paulo, v.3, n.3, p.65-69, 1989.

PERELMAN, Chaim. *Ética e Direito*. Tradução: Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª ed. São Paulo: Renovar, 2002.

PETIAN, Angélica. Sanções administrativas nas licitações e contratações públicas. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, n. 10/08, p. 945-952, 2008.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Limitações Administrativas à Liberdade e à Propriedade*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. Suspensão do Direito de licitar abrangência da penalidade. *Boletim de Doutrina ADCOAS*, Rio de Janeiro, v.2, n.7, p.225-230, 1999.

_____. Contrato Administrativo: 1) O que é Suspensão?; 2) Toda rescisão implica penalização ou vice-versa?; 3) Não se altera com a mudança das partes. *IOB - Repertório de Jurisprudência: tributário, constitucional e administrativo*, São Paulo, n.2, p.65-62, 2006.

ROCHA, Carmem Lucia Antunes. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo no Direito Brasileiro*. Disponível em: <<http://www2.senado.gov.br/bdsf/item/id/287>>. Acesso em: 11 de maio de 2010.

SÁ, José Adonis Callou de Araújo. Ilícitos e sanções na Lei Eleitoral. *Boletim dos Procuradores da República*, São Paulo, v.3, n.28, p.22-29, 2000.

SANTANA, Jair Eduardo. Desistência injustificada da proposta e as sanções administrativas nas licitações. Aspectos práticos. Um (provável) equívoco doutrinário. *Boletim de Licitações e Contratos*, São Paulo, n. 7/06, p. 635-642, 2006.

SANTOS, Ademir Aparecido Falque; FERREIRA FILHO, José Antônio. Rescisão contratual e princípio do contraditório nos contratos administrativos. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v.18, n.2, p.121-124, 2002.

SANTOS, Sérgio Honorato. Distinção entre “Administração” e Administração Pública” para fins de aplicação das sanções previstas no art. 87 da Lei nº 8.666/93. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, v.25, n.1, p.68-76, 2009.

SILVA, Clarissa Sampaio. *Direitos Fundamentais e Relações Especiais de Sujeição: O caso dos Agentes Públicos*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Paulo Roberto Coimbra. *Direito Tributário Sancionador*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

SILVA, Sergio Andre Rocha Gomes da. Sanções Tributárias? *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 92, p.57-66, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Espécies de sanções penais: uma análise comparativa entre os sistemas penais da França e do Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v.12, n.49, p.9-38, 2004.

SOUZA, José Paulo Soriano. Admissibilidade e efeitos da cláusula penal nos contratos administrativos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v.92, n.333, p.95-102, 1996.

SUNDFELD, Carlos Ari. O formalismo no procedimento licitatório. *Revista da Procuradoria Geral da República*, São Paulo, n.5, p.9-17, 1993.

_____. A defesa nas sanções administrativas. *Revista Forense*, v.83, n.298, p.99-106, 1987.

_____. *Fundamentos de Direito Público*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1992.

_____. *Direito Administrativo Ordenador*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. Inexecução e rescisão de contrato administrativo. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, v.9, n.36, p.207-18, 2001.

TAVARES, André Ramos. A Intervenção do Estado no Domínio Econômico. In: *Curso de Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2006. v. II.

TORRES, Rony Charles Lopes de. Reflexões sobre a aplicação de sanções administrativas nas licitações públicas. *Boletim de Direito Administrativo*, São Paulo, 11/09, p. 1247-1256, 2009.

_____. Reflexões sobre a aplicação de sanções administrativas nas licitações públicas. *Boletim de Licitações Contratos*, São Paulo, 11/09, p. 856-865, 2009.

VILLAVERDE, José Ignacio Ruiz de Palácios; MUÑOZ, Alfonso Melón. *Práctico Infracciones y Sanciones*. Madrid: Ediciones Francis Lefebvre, 2007.

VITTA, Heraldo Garcia. *A Sanção no Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Poder de Polícia*. São Paulo: Malheiros, 2010.

ZANCANER, Weida. Razoabilidade e Moralidade na Constituição de 1988. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, nº 2, 1991.

WALD, Arnold. Dos contratos privados firmados pela administração pública. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.40, p.13-22, 1993.